THÈSE DE
PARIS.
1888
N°. 137.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

MISSIO IN POSSESSIONEM

VENTRIS NOMINE

EN DROIT ROMAIN

DE L'INFLUENCE

DE

LA CONCEPTION

SUR L'ÉTAT ET SUR LA CAPACITÉ DU DROIT

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ÉTIENNE VILLOTTE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, rue Racine, 23

1888

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PARIS. — IMPRIMERIE DES ÉCOLES. HENRI JOUVE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

MISSIO IN POSSESSIONEM

VENTRIS NOMINE

EN DROIT ROMAIN

DE L'INFLUENCE

DE

LA CONCEPTION

SUR L'ÉTAT ET SUR LA CAPACITÉ DU DROIT

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le Mercredi 14 mars 1888, à 3 heures et demie

PAR

ÉTIENNE VILLOTTE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. LABBÉ, professeur

SUFFRAGANTS : MM. RATAUD, professeur. LARNAUDE, LE POITTEVIN, agrégés.

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, rue Racine, 23

1888

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547921_0035

DROIT ROMAIN

DE LA

MISSIO IN POSSESSIONEM

VENTRIS NOMINE

AVANT-PROPOS

Tout être humain, qui naît vivant, est une personne juridique, comme telle capable d'être le sujet actif ou passif d'un droit.

Mais, avant la naissance, s'écoule un laps de temps assez long, pendant lequel l'enfant n'a pas une vie à lui propre, indépendante de celle de sa mère. Comme pour tous les êtres animés, il y a pour lui une période lente de formation et de développement, qui s'étend du moment de l'acte de la conception à celui de la naissance. Comment faut-il envisager cette vie préparatoire ? Quels sont en cette matière les véritables principes du droit ? Tels sont les points qu'il importe de mettre en lumière, avant d'aborder le sujet de cette étude.

La qualité de personne, dans toute la plénitude de ses effets juridiques, ne saurait évidemment appartenir à

l'enfant qui *in utero est* [1] ; car elle supppose comme un élément essentiel de son existence, une individualité propre, qui commence seulement au moment de la naissance accomplie, de la séparation de l'enfant d'avec sa mère. Et cependant, si le *partus non editus* n'a pas une existence organique indépendante, il est du moins l'espérance d'une vie future, *spes animantis*, il est destiné à jouer un rôle, à avoir une place dans la société humaine. S'il en est ainsi, pouvait-on lui refuser entièrement la protection de la loi civile ?

Cette opposition de vues entre le fait et le droit n'avait pas échappé à la sagacité des jurisconsultes romains. Nous la trouvons nettement marquée au Digeste. Tandis que plusieurs textes disent formellement que l'enfant conçu doit être considéré comme une portion des entrailles de sa mère, *mulieris portio est vel viscerum* [2] ; d'autres l'assimilent à l'enfant déjà né, *qui in utero est in toto pene jure civili intelligitur in rerum natura esse* [3].

Toutefois, cette dernière règle ne signifie point que l'enfant conçu a la capacité du droit, dans toute la plénitude de ses attributs juridiques ; elle exprime une fiction, imaginée par les jurisconsultes, qui consiste à con-

1. L'enfant à naître est désigné dans les textes sous des dénominations diverses : *venter*, *nasciturus*, *qui in utero est*, *partus non editus*. L. 1, § 2 (37, 9) ; L. 12, 26 pr. (1-5).

2. L. 1, § 1, D. (25, 4) ; l. 9, D. (25, 2).

3. L. 26, D. (1, 5) ; l. 7, D., *eod. tit.* ; voy. Savigny, *Tr. de dr. rom.*, t. II, traduction Ch. Guénoux.

sidérer l'enfant simplement conçu comme étant déjà né, toutes les fois qu'il s'agit de son intérêt. L'étendue d'application de cette fiction se trouve établie au Digeste, dans les termes suivants : *qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ejus agitur; quamquam alii ante quam nascatur nequaquam prosit* [1]. On peut analyser la disposition de ce texte dans une double proposition.

1° Toutes les fois qu'il s'agit de l'intérêt de l'enfant, qui est dans le sein de sa mère, on le considère comme s'il était déjà né; et les droits, qui peuvent s'ouvrir pour lui pendant la période de la grossesse lui sont réservés pour le moment de sa naissance.

2° L'intérêt du *nasciturus* est le critérium unique d'application de la fiction; si donc son intérêt n'est pas en jeu, on doit l'envisager non comme un être distinct et séparé, mais comme une portion de la mère, qui ne peut ni nuire, ni profiter aux autres.

Nous n'avons pas l'intention de signaler toutes les conséquences juridiques que les Romains avaient tirées de ces deux règles. Ce qu'il importe de retenir, à notre point de vue, c'est que, d'une part, l'enfant à naître n'a qu'une capacité simplement fictive et subordonnée, quant à ses effets définitifs, à sa naissance en vie; c'est que, d'autre part, la fiction qui le répute né, toutes

1. L. 7, D. (1, 5).

les fois qu'il s'agit de son intérêt, est uniquement établie en sa faveur et ne profite qu'à lui seul.

Les applications de cette fiction se montrent principalement en matière de succession. Quand s'ouvre, pendant la grossesse, une succession à laquelle l'enfant serait appelé, s'il était vivant, on lui réserve provisoirement ses droits, en vue de l'éventualité de sa naissance en vie. De là cet adage bien connu : *venter sequentibus moram facit*[1]. Mais, jusqu'à l'époque de la naissance, que fait-on des biens de la succession, qui sont ainsi mis en réserve ? C'est ici qu'apparaît l'utilité de la *missio in possessionem ventris nomine*, dont l'institution est due à la prévoyante initiative du Préteur.

1. *Cujac. Com*, t. I, C. 1019. B. L'adage *venter sequentibus moràm facit* ne s'applique qu'aux héritiers du degré subséquent. Il ne fait donc pas obstacle à ce que les cohéritiers du *nasciturus* procèdent immédiatement au partage des biens de la succession ; ce partage ne sera toujours que provisoire et les cohéritiers devront réserver la part de l'enfant, dont la naissance est attendue. Quelle sera cette part? Il semble qu'on aurait dû se régler d'après la plus grande probabilité : la naissance d'un seul enfant. C'était, paraît-il, l'opinion d'Ulpien (l. 30, § 6, D. de *acq. vel om. hær.*) Mais, l'opinion la plus généralement admise voulait que l'on prît pour base d'évaluation l'éventualité de la naissance de trois enfants, de telle sorte qu'on devait mettre trois parts en réserve (L. 3, D. *si pars hæred. pet*), sauf à rétablir la proportion exacte et définitive quand la grossesse avait pris fin Ce qui précède se rapporte au cas où le *de cujus* est mort ab intestat. L'adage *venter sèquentibus moram facit* reçoit aussi application, lorsque le défunt a laissé un testament régulier (L. 30, § 1. D. *de acq. vel. om. hær.*) d'où il suit : 1° que si un posthume a été institué, la suc-

D'une façon générale, l'envoi en possession de biens, *missio in possessionem*, est une mesure prise par le Préteur en vertu de son *imperium*, dans le but d'assurer la conservation de droits éventuels ou de triompher d'une résistance apportée aux décisions judiciaires.

Ses cas d'applications sont assez nombreux; il est conféré : aux créanciers à l'encontre de leur débiteur (*rei servandæ causâ*); aux légataires à terme ou sous condition, lorsque l'héritier ne veut pas donner caution, à raison des legs qui leur ont été faits (*legatorum servandorum causâ*); au voisin d'un héritage qui menace ruine, lorsque le propriétaire refuse la *cautio damni infecti*; enfin, à la femme, dans l'intérêt de l'enfant qu'elle porte dans son sein, lorsque cet enfant a des droits éventuels à une succession (*ventris nomine*).

De ces quatre causes d'application de l'envoi en possesion, que nous trouvons énumérées dans un texte du jurisconsulte Ulpien[1], c'est la dernière qui seule fait l'objet de cette étude. Les développements, que nous

cession ne sera pas déférée au substitué, 2° que l'institué ne sera pas admis à faire adition, si un *postumus suus* a été omis. Mais l'adage ne fait pas obstacle à ce que les héritiers institués en même temps que le posthume ne puissent immédiatement faire adition de l'hérédité, pour leurs parts (*pro portionibus ipsis adscriptis*). Voy. Foerster. *De bon. poss.*

1. L. 1. D. (42, 4.

lui consacrerons, se rapporteront aux questions suivantes :

Chapitre premier. — Quels sont les caractères généraux de l'envoi en possession de biens *ventris nomine*.

I. De l'envoi *ex edicto De ventre in possessionem mittendo*.

II. De l'envoi *ad exemplum Edicti Carboniani*.

Chapitre deuxième. — Dans quels cas et sous quelles conditions le Préteur accorde l'envoi.

Chapitre troisième. — Quels en sont les effets.

Chapitre quatrième. — Quelle en est la durée.

CHAPITRE PREMIER

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'ENVOI EN POSSESSION DE BIENS VENTRIS NOMINE.

Un homme meurt ; il laisse sa femme enceinte. L'Édit prévoit cette situation, en autorisant la femme à demander, au nom de l'enfant qu'elle porte, l'envoi en possession de la part, qui est éventuellement réservée à cet enfant dans les biens de la succession pour le moment de sa naissance. C'est que, suivant la remarque du jurisconsulte Ulpien, tout en prenant soin des enfants déjà nés, le Préteur n'oublie pas ceux qui sont encore dans le sein de leur mère, à cause de l'espérance de les voir naître un jour : *sicuti liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curare Prætor habuit : ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit*[1].

L'Édit *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus*, qui règle cette hypothèse intéressante, fait partie de la série des Édits recueillis et publiés par le jurisconsulte

1. L. 1. pr., D. (37, 9).

Julien[1], sous le nom bien connu de *Edictum Perpetuum*. Un titre spécial lui est consacré au Digeste, le titre *De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus*[2]. Son application est restreinte au cas seulement, où aucune contestation n'est soulevée par les parties intéressées relativement à l'état et à la vocation héréditaire de l'enfant, dont la naissance attendue tient en suspens la transmission des biens de la succession. Mais, si l'on conteste l'état de cet enfant et, par conséquent, ses droits éventuels à l'hérédité, si l'on prétend, par exemple, que la mère n'est pas l'épouse légitime du *de cujus* ou qu'elle n'est pas enceinte de lui, l'Édit *De ventre in possessionem mittendo* cesse de recevoir application ; en pareil cas, le Préteur rend un décret *ad exemplum Edicti Carboniani*[3], en envoyant la femme en possession comme s'il n'y avait aucune contestation. Nous examinerons successivement les caractères principaux de l'envoi en possesion *ventris nomine*, suivant qu'il a lieu *ex Edicto De ventre in possessionem mittendo*, ou bien au contraire, qu'il est ordonné *ad exemplum Edicti Carboniani*. En même temps que des différences essentielles, nous aurons à relever des caractères communs à l'un et à l'autre.

1. Rudorff, *Edicti Perpetui quæ reliqua sunt*, § 151 ; Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, § 147.

2. *Digestorum*, lib. 37, tit. 9.

3. L. 3, § 3, D. (43, 4) ; L. 1, § 14, D. (37, 9), et L. 7, § 1. *ibid.*

§ 1er. — Des caractères de l'envoi *ex edicto de ventre in possessionem mittendo*

L'envoi en possession de biens *ventris nomine* n'est pas un mode de succession prétorien. C'est seulement pour le moment de sa naissance, que le *partus non editus* peut avoir des droits et encore, à la condition qu'il naisse vivant. Ce principe, reconnu par le droit prétorien comme par le droit civil, fait obstacle à ce que la qualité de *bonorum possessor* puisse lui appartenir. Mais, pour sauvegarder ses intérêts à venir, le préteur permet à la mère d'exercer sur les biens de la succession, à laquelle son enfant est appelé éventuellement, un droit de garde et de surveillance; et pour lui faciliter l'exercice de la mission, dont elle se trouve chargée, il l'envoie en possession des biens de la succession. Ainsi que l'indiquent ces mots « envoi en possession, » la décision au préteur ne confère pas à la femme une possession véritable, comprenant les deux éléments dans lesquels s'analyse la notion juridique de la possession: le *corpus* et l'*animus domini*. Elle lui donne une détention simplement provisoire : *Non habet possessionem, sed in possessione est.*

De sorte que l'envoi présente ce caractère d'être une mesure à la fois conservatoire et provisoire; conservatoire, car son but est de sauvegarder les droits éventuels de l'enfant à naître; provisoire, car il prendra fin

à la naissance de l'enfant. Et ce double caractère permet de ne pas confondre la *missio in possessionem* avec les *bonorum possessiones* introduites par le préteur, à côté de l'hérédité civile, pour aider à l'exécution du droit, pour suppléer à son insuffisance ou pour le corriger (*adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratiâ*).

C'est bien ainsi que les textes présentent l'envoi en possession *ventris nomine*. Le jurisconsulte Ulpien, dans un fragment du Digeste [1], décide pour un cas spécial d'envoi en possession (*rei servandæ causâ*) qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'interdit *uti possidetis*, parce que l'envoyé n'a pas une possession véritable ; et il ajoute que la même solution doit être donnée pour tous les autres cas de *missio in possessionem custodiæ causæ* [2], par conséquent pour le cas de *missio in possessionem ventris nomine*. Le droit des envoyés est garanti par un interdit spécial, l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Dans un autre texte du Digeste, Paul s'é-

1. L. 3, § 8, D. (43, 17).

1. L'envoi en possession de biens apparaît, tantôt comme le moyen d'assurer la conservation de droits éventuels (*ventris nomine*), tantôt comme le préliminaire d'une voie d'exécution (*rei servandæ causâ*). Bien que le mot « *custodia* » réponde plus exactement à la première idée et que le mot « *servare* » soit plus spécialement employé dans le second cas, cette terminologie n'a rien d'essentiel. Voy. L. 3, § 23, D., (41. 25) ; l. 8, C. (7. 72). Rapprochez de ces textes le passage suivant : *Qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessionem esse oportere : quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant...* » Cicéron, *Pro Quintio*, XXVII, édit. Orelii, vol. II, pars I.

lève avec indignation contre l'opinion de Quintus Mucius, d'après laquelle il aurait fallu voir une *justa causa usucapiendi* dans la possession provisoire, qui résulte des *missiones in possessionem* : « *quod autem ineptum est*, dit-il ; *nam* (*magistratus*) *qui creditorem rei servandæ causâ, vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possesionem sed custodiam rerum et observationem concedit*[1]. »

Il faut donc rejeter l'opinion de quelques anciens commentateurs du droit Romain, d'après laquelle on aurait dû ranger la *missio in possessionem ventris nomine* dans la classe des *bonorum possessiones*[2]. Ces deux institutions ont cependant des caractères communs : 1° l'envoi en possession de biens *ventris nomine*, comme la *bonorum possessio*, est une institution prétorienne ; 2° de même que la *bonorum possessio*, l'envoi en possession de biens ne peut être obtenu qu'en vertu d'une demande expresse ; 3° Dans les deux cas, la demande doit être portée devant le magistrat supérieur[3].

1. L. 3, § 23, D. (41, 2).

2. *Sic* : Meerman, t. VI, p. 499 ; Koch, *bonor. posses.* § 4, 6, 7. — Cpr., *Comment. Cujacii*, t. VIII, col. 413, et Foerster, *de bon. poss.*, p. 254.

3. Vers la fin de la République et dans les premiers siècles de l'empire, c'étaient le préteur à Rome et dans les provinces le gouverneur, qui constituaient les autorités compétentes ; mais, dans la suite, un magistrat nouveau apparut à Rome, le préfet de la ville, qui finit peu à peu par confisquer à son profit toutes les attributions du préteur. Dans les provinces, les attributions des gouverneurs passèrent aux

4° A ces trois caractères communs, faut-il en ajouter un autre? On sait que les *bonorum possessiones* se divisent en *bonorum possessiones edictales* et en *bonorum possessiones decretales*. La *bonorum possessio edictalis* est celle qui est accordée en vertu l'une disposition générale et réglementaire de l'Édit, sans qu'il y ait lieu pour le Préteur de prendre connaissance de l'affaire. La *bonorum possessio decretalis* est celle qui est donnée en vertu d'un décret rendu après examen, (*causâ cognitâ*) [1]. L'intérêt principal de la distinction se présente donc lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu ou non de procéder à une *causæ cognitio*. Cet intérêt existe-t-il relativement à l'envoi en possession de biens *ventris nomine?* En principe, lorsqu'une femme enceinte se présente qui demande l'envoi en possession d'une hérédité testamentaire ou ab intestat, le préteur ne doit pas entrer dans la voie des enquêtes. A ce point de vue, l'institution qui nous occupe participe donc du caractère des *bonorum possessiones edictales*. Il suffit

préfets du prétoire placés à la tête des quatre grandes préfectures, à leurs *vicarii* et aux *rectores provinciarum*.

1. Accarias, t. I, 2e édition, n° 464. — La distinction que nous établissons entre la *bonorum possessio edictalis* et la *bonorum possessio decretalis* est très nettement marquée dans le passage suivant de M. Ortolan : « Il y a entre ces deux classes de possessions des biens, quant à leur nature intime, la séparation, qui résulte des différences entre l'édit et le décret, entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir judiciaire, entre l'application exécutive d'un règlement général et la décision d'un litige ». Ortolan, *Institutes*, t. II, n° 1124, édit. Labbé.

pour l'impétrante de justifier des conditions auxquelles est subordonnée l'application de l'Édit; mais il n'y a pas lieu de vérifier les faits allégués par elle, auquel cas naturellement l'envoi ne serait accordé qu'après examen, *causâ cognitâ*. Cependant, s'il y a controverse sur l'état de l'enfant et par conséquent sur ses droits héréditaires, il est nécessaire de procéder à une *causæ cognitio ;* mais, on tombe alors dans un cas d'application de l'Édit Carbonien. *Cessat edictalis, sed datur decretalis bonorum possessio* [1].

§ 2. — De l'envoi en possession de biens *ex edicto Carboniano.*

A la différence de l'Édit *De ventre in possessionem mittendo*, l'Édit Carbonien n'avait pas été inspiré originairement par la pensée de sauvegarder les droits de l'enfant à naître. Il visait l'hypothèse suivante : un impubère se présente à la succession d'un défunt, en qualité de descendant; si les personnes, qui auraient hérité à son défaut, lui contestent son état et par conséquent sa vocation héréditaire, cet enfant impubère peut obtenir l'ajournement du procès jusqu'à sa puberté et la possession intérimaire de la part à laquelle il aurait droit, si la contestation n'était pas fondée. L'Édit était ainsi conçu [2] : « *Si cui controversia fiat an inter liberos sit*

1. L. 1, § 14, D. (37. 9); Pothier, *ad Pand*, t. 11, p. 712, note 5.

2. Louis Jousserandot, *de l'Édit perpétuel*; Rudorff, *Edicti perpetui*,

usque esse impubes dicatur, causâ cognitâ, intra annum perinde ei bonorum possessionem dabo, ac si nulla de ea re controversia esset ».

En lisant cet Édit, on se demande involontairement quel mobile a pu dicter à son auteur une disposition aussi exorbitante de droit commun. Voilà un enfant, dont les parents du testateur ont peut-être de justes raisons de suspecter l'origine et cependant, on les met dans la nécessité d'attendre treize ou quatorze ans l'heure de porter devant la justice un débat, qu'il aurait été du plus grand intérêt pour eux de faire juger immédiatement. Rien n'indique, en effet, que les témoins n'auront pas disparu à l'époque ou le pupille arrivera à l'âge de la puberté et même s'ils vivent encore, n'est-il pas à craindre que le temps n'ait effacé de leur mémoire le souvenir des faits dont ils devaient déposer? En un mot, n'est-ce pas créer en faveur d'un enfant un privilège abusif, que de mettre ainsi les héritiers, qui seraient appelés à son défaut, dans l'impossibilité de se faire rendre justice immédiate? Et cependant, si l'on se rappelle que la tutelle des agnats, sous laquelle l'impubère tombait à sa naissance, avait été organisée bien plus dans leur intérêt que dans le sien[1], si l'on joint à cela

§ 132; voy. aussi un remarquable travail de M. Glasson, qui a pour titre : *De la Bonorum possessio*, établie par l'Edit Carbonien.

1. C'est cette idée que M. Ortolan fait ressortir en ces termes : « Dans les cas où la loi reconnaît ou établit une incapacité pour l'exercice des droits, elle doit y obvier par une protection juridique. C'est

que l'esprit de cupidité et de rapine était un des côtés saillants du caractère romain, on devra reconnaître que l'Édit du Préteur procède d'une pensée généreuse. Il marque, en effet, un mouvement de réprobation contre les tendances coupables de parents, auxquels il ne répugnait pas de s'emparer des biens d'un orphelin. Que tel soit bien l'esprit, dans lequel a été conçu l'Edit Carbonien, c'est ce qui résulte des textes et notamment d'un fragment d'Ulpien au Digeste. Le jurisconsulte se dedemande si l'on doit accorder la possession carbonienne à un enfant, que ses parents prétendent écarter de la succession, en alléguant qu'il est né d'un esclave ; il répond affirmativement, et la raison qu'il donne pour motiver cette solution vient confirmer ce que nous avons dit plus haut : *nam si aliter observetur inventa erit ratio quemadmodum audacissimus quisque majore injuria impuberem adficiat, quod et plura et graviora de eo mentiatur*[1]. »

Telle est l'idée inspiratrice de l'Édit Carbonien : protéger les intérêts de l'impubère contre toute tentative d'usurpation. La protection de cet Édit ne s'appliquait originairement qu'aux enfants déjà nés ; mais elle fut éten-

un principe d'humanité. Mais, à son origine, le droit civil des Romains a un autre cachet; la propriété est concentrée dans chaque agrégation de famille; il faut empêcher la perte de ce patrimoine de l'agrégation; c'est aux membres qui en font partie qu'on en confie la mission, autant pour la défense de leur droit que pour la protection de l'incapable ». Ortolan, *Généralisation du dr. romain*, p. 592, 12e édit.

1. L. 1, § 5, D. (37, 10).

due aux posthumes par un rescrit de l'empereur Adrien, qui se trouve relaté aux codes de Justinien en ces termes[1] « *Carboninum edictum sub personis legitimis ex indubitato matrimonio custodito partu et probata legitima successione, defertur.* »

M. Glasson[2] remarque que cette rédaction est singulièrement embarrassée et il propose la restitution de Godefroy[3], qui lit : « *sub personis legitimis custodito partu, et indubitato matrimonio probata legitima successione, etc.* » Ainsi rectifié ce texte veut dire que le préteur accorde la possession Carbonienne au posthume[4] pourvu qu'il soit conçu d'un mariage légitime et que la mère se soit soumise aux dispositions de l'Edit *De inspiciendo ventre.*

1. L. 2, § 2, C. (6, 17).

2. Glasson, *op. cit.*, p. 9.

3. Dyonisii Gothofredii, *Corpus juris civilis*, tit. de Carboniano edicto, p. 534.

4. Le mot *postumus*, qui dérive de l'adverbe *post*, a dans les textes deux sens différents ; dans un sens large, il désigne les enfants nés après la confection du testament; on le prend *stricto sensu*, comme synonyme des mots *nasciturus* et *venter*, pour désigner l'enfant conçu avant et né après la mort du père. C'est dans ce dernier sens qu'il est le plus souvent employé et cette circonstance a inspiré à un auteur de la basse latinité une étymologie qui a eu un grand succès, au point de faire adopter chez nous l'orthographe (posthume) : « *Postumus vocatur eo quod post humorem patris nascitur* ». Isidore, *Orig.* 9, 5. Voy. *Cujacii op.* lib. 3, cap. 4. — Dans le cours des explications qui vont suivre, le mot *postumus* désignera toujours l'enfant né après la mort du père : « *Postumos autem dicimus eos duntaxat qui post mortem patris nascuntur* » Ulp. L. 3, § 1 (28, 2).

Sans insister pour le moment sur ces conditions de la recevabilité de la demande d'envoi, il convient de préciser dans quels cas il y a lieu d'appliquer la protection de l'édit Carbonien à l'enfant dont une femme se prétend enceinte et au profit duquel elle sollicite l'envoi en possession des biens d'une succession. C'est seulement lorsque les parties intéressées soulèvent une question d'état, dont l'effet devrait être d'écarter le posthume de la succession. Ils soutiennent, par exemple, qu'il a été conçu d'une union illégitime, que la mère invoque mensongèrement la qualité d'épouse ou de bru du testateur [1]. En pareil cas, le préteur rendra une décision, à l'exemple de l'édit Carbonien, qui aura pour conséquence d'ajourner la question d'état jusqu'à l'époque de la puberté de l'enfant et de mettre celui-ci provisoirement en possession des biens de la succession.

On voit par là que relativement au *nasciturus* l'édit *De ventre in possessionem mittendo* et l'édit Carbonien ont chacun une sphère d'application propre, l'application de ce dernier étant limitée au cas où les intéressés soulèvent une question d'état préjudicielle.

Poursuivant cette étude comparative entre les deux édits, nous arrivons aux remarques suivantes :

1° Comme la possession précaire, que confère l'édit *De ventre in possessionem mittendo*, la possession carbo-

1. L. 1, § 14, D. (37, 9).

nienne produit des effets simplement provisoires. Mais, tandis que la première cesse à la naissance de l'enfant, la seconde ne prend fin qu'à l'époque de sa puberté.

2° Il semble bien résulter de ce caractère intérimaire de la possession carbonienne, qu'il s'agit moins d'une *bonorum possessio* proprement dite que d'une simple *missio in possessionem*. Cette proposition, qui laisse place à un doute sérieux [1], lorsque la possession est conférée *ex edicto Carboniano*, nous semble incontestable lorsqu'elle a lieu *ad exemplum edicti Carboniani*. La proposition contraire aurait pour résultat de faire considérer le *nasciturus*, dans l'intérêt duquel elle est donnée, comme un véritable héritier (*bonorum possessor*), qualité qui ne saurait lui appartenir avant sa naissance. Elle est d'ailleurs condamnée par les textes les plus formels, qui tous parlent en notre matière de missio *in possessionem* et non de *bonorum possessio* [2]. De plus, pour caractériser le droit de l'enfant posthume, envoyé en possession de biens, *ad exemplum edicti Carboniani*, les textes ne disent pas qu'il a la possession, mais bien qu'il est en possession (*in possessione est*) [3] ; exprimant

1. M. Glasson pense que la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* fait partie du système des *bonorum possessiones*, Glasson *op. cit.* M. Accarias semble être d'un avis contraire, *Tr. de dr. Rom.* t. II, n° 465 ; Voy. dans le même sens Foerster, *De Bon. posses.* p. 202 et suiv.

2. L. 1, § 14, D. (37, 9) ; L. 7, § 1, D. *eod. tit.*

3. L. 2, C. (6, 17) : *Carbonianum Edictum.... defertur : scilicet, ut in*

ainsi qu'il a simplement la *possessio facti* et non la *possessio juris*. Enfin, son droit n'est pas garanti par l'interdit *quorum bonorum*, parce qu'il n'a pas la qualité de *bonorum possessor*, mais par un interdit commun à tous les envoyés en possession, l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* [1].

3° L'envoi en possession de biens, qui se produit en vertu de l'édit *De ventre in possessionem mittendo*, est accordée *de plano ;* en l'accordant, le magistrat fait acte de juridiction gracieuse. Au contraire, l'octroi de la possession Carbonienne suppose une *causæ cognitio* ; c'est un acte de juridiction contentieuse.

L'enquête porte sur un double objet : le magistrat examine d'abord si les contestations qui se sont produites sur la question d'état ont un fondement sérieux. S'il y a doute, sa décision doit toujours intervenir dans l'intérêt de l'enfant à naître, dont la cause, dit Ulpien, est encore plus favorable que celle de l'enfant déjà né : *eo facilius, quo favorabilior est causa partui quam pueri* [2]. Ce premier point examiné sommairement, le préteur se

possessione constitutus, etc. Dans la loi 7, à notre titre, Ulpien dit en propres termes, que l'application de l'Edit Carbonien au posthume n'a pas pour conséquence de lui conférer la *possessio juris* ; il s'exprime ainsi : « *sed enim placet, omnes controversias, quæ quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri* ; *sed non ut in possessione sit, status controversia dilata, sed sine possessione.* »

1. L. 1, § 2, D. (43, 4).

2. L. 1, § 15, D. (37, 9) ; L. 3, § 4, D. (37, 10).

demande s'il doit ajourner le jugement à l'époque de la puberté [1] ; c'est l'objet de la seconde *causæ cognitio*. Mais, il ne peut ordonner que les débats sur cette question s'ouvriront de suite, par ce motif que l'état du *nasciturus* dépend de circonstances qui ne peuvent être utilement appréciées qu'après sa naissance, par exemple : la durée de la grossesse, qu'il est nécessaire de connaître, avant de déterminer si le posthume se rattache par l'époque de sa conception au mariage de son père. Telle est d'ailleurs la solution donnée par un rescrit de l'empereur Adrien pour le cas où la mère, qui demande l'envoi en possession, est accusée d'adultère ; aux termes de ce rescrit, le jugement sur cette question doit être différé : *ne quod prejudicium fiat nato* [2].

Remarquons enfin que, lors même qu'il y a lieu d'ordonner l'envoi, *causâ cognitâ*, le préteur doit seulement procéder à une enquête sommaire : *ita Divus Adrianus Prætori rescripsit, ut summatim de re cognosceret* [3]. Et encore, la *causæ cognitio* n'est-elle pas toujours nécessaire ; elle ne paraît être exigée que si le *nasciturus* doit venir en concours à sa naissance avec d'autres enfants ; que si, au contraire, le posthume est envoyé en possession en vertu de l'Édit *unde legitimi, vel quâ aliâ ex parte*

1. L. 3, § 5, D. (37, 10).
2. L. 8, D. (37, 9).
3. L. 1, § 14, D. *ibid.*

le préteur n'a pas à prendre connaissance de l'affaire : *non enim æquum est in tempus pubertatis ventrem vesci de alieno*[1], *in tempus pubertatis dilata controversia*[2].

1. L. 7, § 1. D. *ibid.*

2. Ces derniers mots indiquent que le jurisconsulte Ulpien a en vue, dans ce texte, le cas où l'envoi en possession de biens est ordonné *ad exemplum edicti Carboniani*, parce que les intéressés contestent à la mère sa qualité d'épouse du testateur ou prétendent qu'elle n'est pas enceinte de ses œuvres. Cette remarque tendrait à établir une nouvelle différence entre l'envoi en possession de biens, conféré *ad exemplum edicti Carboniani* et la possession carbonienne ordinaire, l'octroi de cette dernière supposant toujours une *causæ cognitio* préalable.

CHAPITRE DEUXIÈME

SOUS QUELLES CONDITIONS LE PRÉTEUR ACCORDE L'ENVOI EN POSSESSION DE BIENS VENTRIS NOMINE

Bien qu'en principe le préteur n'entre pas dans la voie des enquêtes, lorsqu'une femme enceinte se présente devant lui pour demander l'envoi en possession des biens d'une succession au nom de l'enfant, qu'elle porte dans son sein, il faut cependant qu'elle justifie de certaines conditions. Aux termes de l'Édit [1], ces conditions sont au nombre de trois; il faut: 1° que la femme soit enceinte au moment du décès de celui dont les biens sont l'objet de la demande; 2° que l'enfant, dont elle est enceinte, n'ait pas été exhérédé; 3° que cet enfant soit dans une situation telle, qu'en le supposant né au moment de l'ouverture de la succession du *de cujus*, il eût été par rapport à lui *suus heres* ou du moins *inter suos heredes* [2].

1. L. 1, § 1 et 2, D. (37, 9).

2. Une quatrième condition est nécessaire, que le jurisconsulte Ulpien ne mentionne pas, comme ayant été insérée dans l'édit (l. 1, à notre titre). Il faut que l'enfant, au nom duquel se produit la de-

SECTION I

PREUVE DE LA GROSSESSE

En principe, il ne suffit pas que la femme se déclare enceinte, il faut qu'elle en justifie ; *prægnantem esse mulierem oportet omnimodo, nec dicere se prægnantem sufficit.* On pouvait craindre, en effet, qu'une femme ne se dît faussement enceinte, pour obtenir ainsi la *missio in possessionem ventris nomine.*

Ce danger avait excité la prévoyance du préteur. Pour en prévenir les conséquences fâcheuses, il avait édicté contre la femme, qui se prétendait enceinte à la mort de son mari, les mesures de surveillance les plus rigoureuses. On prend là sur le vif le formalisme des procédures romaines ; et en même temps, ce formalisme est ici empreint d'une telle exagération, qu'on ne saurait y voir la raison unique d'aussi défiantes prescriptions ; c'est contre le danger des suppositions de part, que le préteur avait tenté de réagir ; c'est pour sauver l'honneur des fa-

mande d'envoi en possession, ait été conçu en légitime mariage. Le préteur n'accorde pas l'envoi à ceux dont la conception est illégitime. Cette solution n'est en rien contredite par le passage suivant : *rectissime autem Prætor nusquam uxoris fecit mentionem* (L. 1, § 10 ; à notre titre) en effet, si l'édit ne fait pas mention de la qualité de femme mariée (*uxor*), c'est que cette qualité peut faire défaut, sans que la conception de l'enfant, dont la femme est enceinte, soit illégitime. Pour cela, il suffit de supposer un mariage dissous par le divorce, et la mort du mari divorcé survenu peu de temps après la dissolution du mariage.

milles [1], compromis par la gravité du mal que l'Edit *De inspiciendo ventre custodiendoque partu* avait pris des mesures, dont la brutalité choque quelque peu l'urbanité de nos mœurs actuelles.

Cet Édit se trouve entièrement reproduit au Digeste, qui l'emprunte au commentaire d'Ulpien *Ad Edictum*. Les prescriptions, qu'il contient, ont un double objet: la vérification de la grossesse et la surveillance du part, (*ventrem inspicere*, *custodire partum*). Nous allons reproduire dans leur ensemble les dispositions relatives à l'un et l'autre de ces deux chefs.

Si après le décès de son mari, une femme se prétend enceinte, l'Édit lui prescrit de dénoncer sa grossesse aux parties intéressées, *his ad quos res pertinebit*. Ces mots vagues désignent l'héritier testamentaire ou *ab intestat* du défunt ou même le substitué au posthume, *hos omnes*, *quorum interest partum non edi* [2].

Cette première formalité remplie, deux situations peuvent se présenter ; ou bien, les intéressés ne soulèvent aucune contestation à l'encontre des prétentions de la veuve et, en pareil cas, le Préteur ordonne *de plano* l'envoi en possession de biens, conformément à l'Édit *De ventre in possessionem mittendo ;* où bien, ils viennent prétendre que la veuve n'est pas enceinte et alors il y a

1. *Publice enim interest partus non subjici : ut ordinum dignitas familiarumque salva sit*, Ulpien, l. 1, § 3, D. (25, 4).

2. L. 1, § 12, D., et l. 3, D. *Ibid.*

lieu, relativement à l'exactitude de la déclaration de grossesse, de procéder à une *causæ cognitio* dont le résultat peut être : l'envoi en possession de biens *ad exemplum Edicti Carboniani*, ou le rejet de la demande d'envoi [1]. C'est ce qui fait dire au jurisconsulte Julien : *Edictum de custodiendo partu derogatorium est ejus, quod ad Edicti Carboniani exemplum comparatum est* [2].

L'Édit précise les points sur lesquels doit porter l'enquête. On procédera à la visite de la femme. A cet effet, les héritiers enverront cinq femmes libres ; si, à la majorité des voix [3], elles diagnostiquent une grossesse, le Préteur désignera la maison d'une femme de bonnes mœurs, chez laquelle l'accouchement aura lieu.

Les formalités, qui suivent, ont plus particulièrement pour but la surveillance du part. Un mois avant le terme probable de la grossesse, la femme fera faire un nouvel avertissement aux parties intéressées, *ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant*. A partir de ce moment, les précautions deviennent encore plus rigoureuses. Il ne doit y avoir qu'une seule entrée dans la chambre où se feront les couches ; s'il en existe une ou plusieurs autres, on les fermera avec des planches, en dehors et en dedans. La porte sera gardée extérieurement par trois

1. L. 1, § 10 *in fine*. D. (25, 4).

2. L. 2, D. *eod. tit.*

3. Paul. Sent. lib. 2, t. 24, 8 : *venter inspicitur per quinque obstetrices et quod maxima pars earum denuntiaverit, pro vero est*.

hommes libres et trois femmes libres, assistés de deux *comites*. Quiconque se présentera, pour entrer, subira une visite minutieuse. Si la femme va au bain ou passe dans un autre appartement, elle sera l'objet d'une surveillance attentive.

Aux premiers symptômes de l'accouchement, troisième dénonciation aux intéressés, afin qu'ils envoient des témoins, s'ils le jugent à propos ; mais, il faut veiller à ce qu'il n'y ait pas dans la chambre plus de six femmes libres, six femmes esclaves et deux sages-femmes ; on doit aussi avoir la précaution de visiter chacune de ces personnes, pour s'assurer qu'il n'y en a pas une enceinte. Si l'accouchement a lieu la nuit, trois lumières éclaireront l'appartement, *tria lumina nec minus ibi sint ; scilicet quia tenebra ad subjiciendum aptiores sunt.* L'enfant vient au monde ; aussitôt, on le montre aux intéressés ou à leurs témoins. Bien plus, comme il leur importe de s'assurer dans la suite si l'enfant est encore vivant, la personne chargée de son éducation devra le représenter deux fois par mois jusqu'à l'âge de trois mois ; une fois par mois, de l'âge de trois mois à l'âge de six mois ; et depuis cette époque, tous les deux mois jusqu'à ce qu'il ait un an ; enfin, tous les six mois, jusqu'à ce qu'il soit en état de parler [1].

1. Il est assez curieux de retrouver ces formalités presque littéralement reproduites dans les coutumes normandes, importées en Angleterre par Guillaume le Conquérant. Voici ce que nous lisons dans

Passons à la sanction de ces formalités. Le Préteur, ainsi que nous l'avons dit, pourra refuser l'envoi en possession de biens ou plus tard, à la naissance de l'enfant, la *bonorum possessio*, en cas d'inobservation des prescriptions de l'Édit. Est-ce à dire qu'il s'arrêtera à des omissions de peu d'importance? Non, bien évidemment; il saura tenir compte des circonstances de fait, des pratiques locales[1]; de même, il voudra s'assurer si les for-

l'ouvrage de Littleton (*Anciennes lois des Français*, t. I, p. 428, traduct. Hoüard). Il arrivait quelquefois qu'une femme, après la mort de son mari, se disait enceinte et par là tenait en suspens le droit de succéder, qui appartenait à d'autres enfants ou à des collatéraux. Ceux qui soutenaient que la grossesse était feinte obtenaient un Bref qui ordonnait au vicomte de faire comparaître devant lui la veuve. Ce juge interrogeait cette femme sur son état et si elle persistait à soutenir qu'elle était enceinte des œuvres de son défunt mari, on appelait sages-femes jesques à six au meins, et les faisait jurer sur Saints de leaulment faire et verreyment présenter en les articles dount eles purroient estre certesies lequel est enceinte ou non et puis la preignent privement en une meson et enquergent la visite, et si les femes dient que ele est enceinte ou soyent de ceo en dountance, adonque le vicomte fera tele feme mettre en châtel (prison) ou ailleurs en sauve-garde issi que nul feme ne autre de qui suspicion puisse être de sausine faire ne lui approche et illonques demourges à ses propres custages jusques à l'houre que el doit enfaunter issint que nul feme ne veigne a ele en le meen (moyen d'intermédiaire) temps forsque de linage le pleyntise. Et si ele ne eyt enfaunt dedens les 40 semaines après la mort sa baron ou si el ne soit trove enceinte, si ele soit punie par prison et par fyn (amende) et si ele eyt un enfaunt dedens les 40 semaines, adonques soit cel enfaunt receu al héritage, etc.

1. L. 1, § 15, D. (25, 4).

malités ont été omises par simple négligence ou dans un dessein coupable [1].

SECTION II

POSTHUME NON EXHÉRÉDÉ.

Il faut que l'enfant, *qui in utero est,* n'ait pas été exhérédé. La nécessité de cette condition se conçoit aisément. L'envoi en possession de biens *ventris nomine* est une mesure conservatoire. C'est dans l'espérance de la naissance du posthume et pour sauvegarder ses droits futurs, que le Préteur a imaginé de mettre sous la surveillance de la mère les biens de la succession, à laquelle il est appelé éventuellement pour le moment, où il naîtra. Mais, si cette vocation héréditaire, incertaine et éventuelle, ne lui appartient pas parce qu'il a été deshérité, l'utilité de mesures conservatoires disparaît; on ne comprend, en effet, de pareilles mesures qu'autant qu'elles interviennent, pour remédier aux dangers d'une situation provisoire, dont le dénouement peut amener l'ouverture d'un droit au profit d'une personne.

Il est vrai qu'il reste au posthume la ressource de la plainte d'inofficiosité, que son tuteur pourra intenter à sa naissance : « *Postumus inofficiosum testamentum potest dicere* » dit le jurisconsulte Ulpien [2]. C'est à ce point de

1. L. 2, § 1, D. 25. 4.

2. L. 6, pr. D. (5, 2). Les posthumes avaient droit à la *querela* et non seulement les posthumes siens, mais encore les posthumes externes.

vue, peut-on dire, et dans la supposition de la réussite de la *querela*, que se présente l'utilité de l'envoi en possession de biens *ventris nomine*. Cela ne suffit pas. D'une façon générale, pour qu'il y ait lieu à l'envoi en possession de biens *ventris nomine*, il faut que le *nasciturus* soit dans une situation telle que, si on le réputait déjà né, il aurait droit à la *bonorum possessio* [1]. Or, ce résultat se produirait-il, si l'enfant était déjà né au moment de l'ouverture de la succession, dont les biens sont l'objet de la demande? Non, bien certainement, puisqu'il a été exhérédé et que l'exhérédation est permise aussi bien par le droit prétorien que par le droit civil. La demande d'envoi devra donc être repoussée, si l'enfant a été exhérédé.

Le texte ne fait pas de distinction entre les deux catégories de posthumes. Ce point soulève cependant une difficulté, que prévoit le jurisconsulte Ulpien (h. l.) La nécessité d'instituer ou d'exhéréder ne s'applique pas, en effet, au posthume externe. Comment, dit le jurisconsulte, peut on reprocher au *de cujus* de n'avoir pas institué un posthume externe, puisque le droit civil prohibe cette institution? Ulpien répond qu'il n'est pas vrai de dire que ce posthume ne pouvait pas être institué; et, en effet, son institution, nulle d'après le droit civil, était reconnue par le préteur, qui lui accordait la *bonorum possessio secundum tabulas* à sa naissance.

1. L. 1, § 11, § 12, D. (37, 9). La justification de cette règle se trouve dans la remarque suivante : la maxime *infans conceptus* a pour effet de faire considérer l'enfant conçu comme déjà né toutes les fois qu'il s'agit de son intérêt; mais si la conception peut équipoller à la naissance, elle ne saurait bien évidemment avoir des effets plus étendus que ceux attribués à la naissance elle-même.

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il ait été valablement exhérédé; une exhérédation irrégulière ne ferait pas obstacle à l'envoi en possession de biens. Il faut en outre qu'aucun doute ne puisse s'élever sur la régularité de l'exhérédation; dans le doute, le préteur fait droit à la demande de la mère; *satius est enim*, dit Ulpien, *sub incerto ejus qui edetur, ali etiam eum qui exhere datus sit, quam eum, qui non sit exheredatus, fame necare*[1].

En principe, l'exhérédation du posthume est soumise aux mêmes conditions de validité, que celle des fils de famille. Mais, on conçoit l'impossibilité de savoir *hic et nunc* si ces conditions se trouvent remplies, puisqu'elles varient suivant le nombre et le sexe des enfants à naître ou d'autres circonstances, qui ne peuvent être utilement appréciées qu'après l'accouchement. Cette remarque trouvera sa confirmation dans l'exposé, que nous allons maintenant présenter, des conditions auxquelles est subordonnée la régularité de l'exhérédation du posthume.

1° A l'égard des posthumes mâles *du premier degré*, comme pour les *sui heredes* actuellement nés, l'exhérédation doit, à peine de nullité, être faite *nominatim*. Mais, qu'entend-on ici par *nominatim* ? Il est évident qu'on ne peut pas désigner par son nom un enfant, qui n'est pas encore né. Il suffira d'une désignation précise, comme celle-ci: « *quicumque mihi nasceretur exheres esto*[2]. » Ce

1. L. 1, § 3, D. (37, 9).
2. L. 3, § 5, D. (28, 3).

que l'on veut, c'est qu'il ne puisse s'élever aucun doute sur la volonté du testateur.

Quant aux filles et aux petites-filles posthumes, elles peuvent être exhérédées globalement, *inter cœteros;* mais la régularité de cette exhérédation est subordonnée à une condition toute spéciale, qui n'a pas lieu, lorsqu'il s'agit de l'exhérédation des filles ou des petites-filles *heredes suæ* à l'époque du testament. Il y a un danger à prévenir; le testateur n'a pas sous les yeux, au moment où il dispose, cette postérité qui n'est encore que conçue; peut-être n'y a-t-il pas songé [1]. Aussi, à raison du vague de la formule *cœteri exheredes sunto*, le testateur qui exhérède ainsi une fille ou une petite-fille posthume, doit-il lui léguer un objet quelconque, « *ne videatur esse præterita per oblivionem* [2]. »

Quant aux posthumes mâles, autres que ceux du premier degré, doivent-ils être exhérédés *nominatim* ou *inter cœteros cum adjectione legati?* Le jurisconsulte Ulpien présente, dans un texte, la question comme controversée [3]; dans un autre texte, il donne comme certaine la nécessité de l'exhérédation nominative [4]. Nous ne nous arrêterons pas à concilier ces deux textes; car, au

1. Voyez Vernet, *Quotité disponible*, p. 47.
2. *Inst.*, II, 13, § 1.
3. Ulp., *Reg.*, tit. XXII, § 22.
4. L. 3, pr., D. (28, 3).

point de vue qui nous occupe, il importe peu qu'il y ait eu controverse ou non. Le préteur avait admis, en effet, la nécessité d'une exhérédation *nominatim* pour tous les posthumes mâles, quels que fussent leurs degrés et bien évidemment, lorsqu'il s'agit d'apprécier la régularité d'une formule d'exhérédation, pour refuser ou accorder l'envoi en possession de biens *ventris nomine*, c'est seulement aux conditions du droit prétorien qu'il faut avoir égard, puisque la *missio in possessionem* est une institution prétorienne [1].

Ainsi donc et en nous plaçant uniquement au point de vue du droit prétorien, cette première condition de la validité de l'exhérédation du posthume peut se ramener à la formule suivante: tandis que l'exhérédation des posthumes mâles quels que soient leur degré, doit être faite *nominatim*, les posthumes du sexe féminin peuvent être exhérédés *inter cœteros cum adjectione legati*. D'où il suit que la régularité de l'exhérédation sera souvent incertaine, puisqu'elle peut se trouver subordonnée au sexe de l'enfant à naître. En pareil cas, le préteur devra accorder l'envoi en possession de biens *ventris nomine*. C'est ce qui a lieu dans l'exemple suivant, emprunté à un texte d'Ulpien [2], à notre titre : le testateur à exhérédé un posthume au moyen de la for-

1. La règle prétorienne est formellement consacrée aux *Institutes*. II, 13, § 3, *in fine*.

2. L. 1, § 2, D. (37, 9).

mule, *si mihi unus filius nascetur exheres esto.* Il y a doute sur la validité de cette formule, puisque tout dépend du point de savoir s'il naîtra un fils ou une fille, plusieurs enfants ou un seul enfant. *Res est in suspenso.* Il faut donc faire droit à la demande formée par la mère, en l'envoyant en possession des biens de la succession.

2° L'exhérédation du posthume, comme celle de l'enfant déjà né, doit s'appliquer à toute l'hérédité ; le testateur ne pourrait pas valablement exhéréder un enfant à naître pour partie seulement. En outre, lorsque l'institution comprend plusieurs institués ou substitués, l'exhérédation doit porter sur tous les degrés de successibilité. Deux exemples suffiront à montrer comment et dans quelle mesure cette règle peut influer sur l'octroi ou sur le rejet de la demande d'envoi en possession de biens *ventris nomine.*

Le nasciturus a été omis dans le degré de l'institution et exhérédé dans le degré de la substitution. En pareil cas, le testament sera nul dans toutes ses parties, si le posthume naît vivant ; il ne vaudra ni à l'égard de l'institué, ni à l'égard du substitué [1]. L'enfant se trouve donc avoir une vocation éventuelle aux biens de la suc-

1. Le résultat n'était pas le même, si un fils de famille, déjà né, avait été omis au premier degré et exhérédé pour les degrés suivants. En pareil cas, le testament était maintenu ; il n'y avait que l'institution du premier degré, qui fût nulle, les suivantes étaient valablement faites. Pourquoi cette particularité relative aux posthumes ? On peut en trouver la raison dans la remarque suivante : lorsqu'il s'agissait

cession et par conséquent, comme il importe de veiller sur ses intérêts dans la supposition de sa naissance en vie, la demande d'envoi sera agréée. C'est ce que décide le jurisconsulte Ulpien dans la loi première, à notre titre ; toutefois, ajoute-t-il, il en serait autrement, si les institués étaient déjà morts au décès du *de cujus*. Cette restriction s'explique par ce motif que le posthume se trouve alors valablement exhérédé, la mort des institués ayant eu pour conséquence de faire monter les substitués dans le degré de l'institution, *quia ad eum gradum hereditas devoluta est, a quo exheredatus est;* qu'il ne peut donc prétendre aucuns droits aux biens de la succession pour le moment de sa naissance. L'utilité de mesures conservatoires disparaît.

Prenant une hypothèse inverse de la précédente, supposons le posthume exhérédé vis-à-vis des institués, prétérit à l'égard des substitués. Ulpien qui prévoit cette hypothèse, décide qu'il n'y a pas lieu de lui appliquer l'Edit *De ventre in possessionem mittendo*. Et ce-

d'un fils, déjà né, l'institution du premier degré avait été nulle *ab initio* et suivie d'autres institutions, on pouvait la considérer comme non écrite, si bien que le testament était censé avoir commencé au second degré. Lorsque, au contraire, il s'agissait d'un posthume, l'institution du premier degré avait été valablement faite et avait, pour ainsi dire, constitué la substance du testament. Le posthume à sa naissance se substituait au premier degré, en rompant son institution et, par suite, rompait du même coup les institutions des degrés suivants : *nam solvendo primum gradum, postumus sibi locum fecit.* Ulp., l. 5, D. (28, 3); voy. Vernet, *Quotité disponible*, p. 51.

pendant, ne peut-on pas objecter à cette décision du jurisconsulte, que la régularité de l'exhérédation se trouve ici subordonnée à l'adition des héritiers institués, la répudiation de l'un seul d'entre eux devant même avoir pour effet d'écarter les autres de la succession [1]; que, par conséquent, le posthume est appelé éventuellement à recueillir le patrimoine paternel comme héritier ab intestat; qu'il faut donc lui accorder la protection prétorienne et ordonner l'envoi, conformément à l'Edit *De ventre in possessionem mittendo*. Ces considérations avaient paru suffisamment probantes à Accurse [2], pour repousser la décision d'Ulpien; elles n'ont pas trouvé grâce devant la logique serrée de Cujas [3]. Dans l'espèce, dit avec raison le grand jurisconsulte, il y a seulement doute sur le point de savoir si l'exhérédation produira ses effets, mais non sur la

1. Cette solution est donnée dans un texte de Scævola, au Digeste, loi 19, pr. (28, 3.) Le jurisconsulte prévoit le cas où le testateur ayant institué deux héritiers externes, auxquels il a donné deux substitués et ayant exhérédé vis-à-vis des premiers et omis vis-à-vis des seconds un posthume sien, l'un des institués refuse de venir à la succession. Il décide que le testament rompu à l'égard de la personne substituée à l'héritier renonçant, l'est aussi à l'égard de l'institué, qui consent à faire adition, en vertu du principe que nul ne peut mourir *partim testatus partim intestatus*. Le posthume recueillera donc la succession tout entière à sa naissance.

2. Accursius, *Infortiatum seu Pandectarum juris civilis, tom. secundus, tit. De ventre in possessionem mit.*

3. *Comment. Cujacii*, t. VIII, c. 115.

régularité de cette exhérédation ; le posthume est régulièrement exhérédé. Cela étant, on ne doit pas l'admettre à la possession de biens.

3° Les posthumes, sans condition de sexe ou de degré, doivent être exhérédés purement et simplement, comme les fils déjà nés au moment de la confection du testament. Toutefois, si un posthume a été exhérédé conditionnellement et que la condition se trouve accomplie, avant qu'il soit né, comme en pareil cas il est valablement exhérédé lors de sa naissance, le testament ne sera pas rompu. Il suit de là que la régularité de l'exhérédation, et par conséquent, la vocation héréditaire de l'enfant restent incertaines jusqu'au moment de la naissance. Le préteur accordera donc l'envoi en possession de biens *ventris nomine*, non pas que la rupture du testament et par suite l'admission du posthume lors de sa naissance à la *bonorum possessio contra tabulas* soient subordonnées à l'événement de la condition, mais parce qu'on ne sait pas encore si l'exhérédation est pure et simple ou conditionnelle. C'est ainsi qu'il faut entendre le § 5 de la loi première, à notre titre, qu'on invoquerait à tort pour soutenir la validité de l'exhérédation conditionnelle du posthume [1].

1. L'accomplissement de la condition avant la naissance de l'enfant aura pour effet de valider l'exhérédation conditionnelle dont il est rappé, en la transformant en exhérédation pure et simple. Voilà pourquoi il peut y avoir doute sur le point de savoir s'il y a lieu, *pendente adhuc conditione*, d'accorder l'envoi en possession de biens au pos-

SECTION III

POSTHUME HÉRITIER SIEN

Il faut que l'enfant, dont la femme est enceinte, soit dans une situation telle qu'en le supposant né lors du décès du *de cujus*, il eût été par rapport à lui *heres suus* ou *inter suos heredes*.

Nous envisagerons cette troisième et dernière condition, nécessaire pour que le bénéfice de l'Édit puisse être invoqué, en nous plaçant successivement ; — au cas où celui, *de cujus successione agitur*, a laissé un testament — au cas où il est mort *ab intestat*.

I. *La missio in possessionem est demandée ex testamento*. — *Jure civili*, la qualité de posthumes siens appartient à ceux qui, au moment de l'ouverture de la succession, se trouveraient sous la puissance du défunt, au cas qu'ils fussent déjà nés. Telle est la définition que le jurisconsulte Ulpien donne des posthumes, héritiers siens du testateur : « *Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt* [1] ».

Cette définition embrasse tous les posthumes, com-

thume exhérédé conditionnellement. Mais s'il y a doute, ce n'est pas parce qu'il est incertain jusqu'à l'événement de la condition, si le *nasciturus* est exhérédé ou non (ce qui supposerait la validité de l'exhérédation conditionnelle) ; mais bien parce qu'on ne sait pas encore s'il est exhérédé purement et simplement ou conditionnellement.

1. Ulp., XXII, 15. L'expression *postumus suus* est rarement employée dans les textes ; on la trouve dans la loi 3, § 1, D. (34, 5).

pris sous les dénominations de posthumes légitimes, et de posthumes aquiliens. Sont-ce là les seuls posthumes, auxquels s'applique l'Édit *De ventre in possessionem mittendo?* Il est probable qu'il en fût ainsi à l'origine; mais, lorsque la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation eût été étendue par le Préteur à d'autres posthumes, que le droit civil ne protégeait pas; lorsque leur omission, comme celle des *postumi sui*, eût pour effet de les faire admettre, éventuellement du moins et pour le moment de leur naissance, à la *bonorum possessio contra tubulas*, on se trouva nécessairement conduit à leur appliquer la protection de l'Edit.

Désormais, cette protection s'applique donc non seulement aux *postumi sui*, mais encore à d'autres posthumes que le préteur leur assimile, au point de vue de la vocation héréditaire (*postumi, qui sunt inter suos heredes*). C'est ce qui résulte de l'étude des textes. Nous allons passer en revue plusieurs hypothèses[1] intéressantes, prévues dans la loi première de notre titre.

1° L'enfant conçu du fils émancipé, antérieurement à l'émancipation, doit-il être envoyé en possession des

1. L. 1, §§ 11 et 12, D. (37, 9). On remarquera que, dans toutes ces hypothèses, le jurisconsulte Ulpien suppose que le posthume a été omis dans le testament d'un ascendant paternel. C'est qu'en effet il n'y a pas lieu à la *missio in possessionem*, lorsque le *nasciturus* a été omis dans le testament de son aïeul maternel, parce que, en pareil cas, le préteur ne lui réserve pas pour le moment de sa naissance la *bonorum possessio contra tabulas*.

biens de la succession de son père, décédé avant sa naissance? Telle est, en premier lieu, la question posée par Ulpien. Et le jurisconsulte décide que l'affirmative, conforme à l'opinion de Julien, n'est pas douteuse : *est enim æquissimum partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est* [1].

2° Le posthume, dont la conception se place avant l'émancipation de son père, mort actuellement, sera-t-il envoyé en possession des biens de l'aïeul émancipateur, décédé lui-même avant la naissance de son petit-fils? Oui, sans aucun doute ; car, en le supposant né au moment de l'ouverture de la succession de son aïeul, il se fût trouvé sous sa puissance immédiate et par conséquent, héritier sien par rapport à lui.

Nous avons supposé le père émancipé, mort au moment où s'ouvre la succession de l'aïeul ; mais la solution serait la même, s'il était vivant : *namque natus* (*postumus*), dit Ulpien, *solet ex edicto novo jungi cum patre emancipato* [2].

1. Le préteur réserve à cet enfant pour le moment de sa naissance la *bonorum possessio contra tabulas patris*, s'il a été omis, bien que, par l'époque de sa conception, il se rattache à la famille de son aïeul naturel et non à celle de son père. L. 7, D. (37, 4). Il en a décidé ainsi, parce que, par une heureuse réaction contre la rigueur de la vieille loi civile, il n'a pas égard à l'émancipation qui est survenue postérieurement à la conception du posthume.

2. Ulpien fait allusion à une clause spéciale insérée dans l'*Edit perpétuel*, par Salvus Julianus, auteur de cet édit, aux termes de laquelle le père émancipé, s'il a été passé sous silence dans le testament de

3° Que décider par rapport à l'enfant, conçu antérieurement à la *datio in adoptionem* de son père ? Incontestablement il aura droit à l'envoi en possession des biens de son aïeul naturel, décédé avant sa naissance [1]. Mais, l'envoi aura également lieu, s'il s'agit de la succession de son père, parce que, s'il était né, le préteur lui donnerait la *bonorum possessio secundum* ou *contra tabulas patris*, bien que par l'époque de sa conception il se rattache à la famille de son aïeul.

4° Que si, au contraire, nous supposons l'enfant conçu postérieurement à la *datio in adoptionem* de son père, la mère, *ex qua postumus postumave speratur*, pourra bien obtenir l'envoi en possession des biens de l'aïeul adoptif, puisque, par rapport à lui, l'enfant a la qualité d'héritier sien ; mais, relativement à la succession du grand-père naturel, il n'y a pas lieu d'ordonner la *missio in possessionem*, parce qu'il a été conçu dans sa famille adoptive et que le préteur, en pareil cas, ne lui réserve pas pour l'époque de sa naissance la *bonorum possessio contra tabulas avi*, lorsqu'il a été omis.

l'aïeul, est admis à partager la succession avec ses enfants nés ou conçus avant son émancipation. L. 1, §§ 4, 5, 6, D. (37, 8).

1. La raison en est que, si on le supposait né au moment du décès de son aïeul, il se trouverait par rapport à lui *hæres suus* ; on lui donnera donc à sa naissance la *bonorum possessio contra tabulas*, s'il a été omis, et s'il a été institué, la *bonorum possessio secundum tabulas* ; dans les deux cas, il y a lieu de conférer à la mère l'envoi en possession provisoire des biens qu'il doit ainsi recueillir, s'il naît vivant.

Cependant, s'il avait été institué, comme il aurait droit à sa naissance à la *bonorum possessio secundum tabulas* ou même à la *bonorum possessio contra tabulas*, s'il y avait des enfants omis du même degré que lui, on ne lui refuserait pas la protection de l'Édit *De ventre in possessionem mittendo* [1].

On peut voir, par les exemples qui précèdent, que la condition de naître héritier sien, sans doute rigoureusement exigée à l'origine, fût promptement écartée en faveur de certains posthumes, assimimilés aux *postumi sui*. Nous allons voir maintenant la protection de l'Édit étendue à un posthume externe quelconque, à la condition qu'il ait été institué. Il devait en être ainsi, du moment où le préteur réservait au *postumus extraneus* institué la *bonorum possessio secundum tabulas: si alienus postumus institutus fuerit, ei secundum tabulas bonorum possessionem dabo* [2]. Il ne s'agit plus ici d'un enfant qui, s'il fût né du vivant du père de famille, eût été sous sa puissance immédiate, non plus de cette catégorie de posthumes, que le préteur avait assimilés aux *postumi sui* du droit civil et auxquels il avait étendu la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation. Il s'agit d'un posthume externe quelconque, qui ne serait pas *suus* du testateur,

1. L. 1, § 12, *in fine*, D. (37, 9).

2. L. 3, D. (37. 11). On a cependant contredit cette opinion, en se fondant sur un texte d'Ulpien. L. 12, § 1, D. (37. 1). Voy. Demangeat, *Cours de dr. romain*, t. I, p. 51.

en le réputant né à son décès et que celui-ci ne serait pas tenu d'instituer ou d'exhéréder, par exemple l'enfant conçu d'un frère ou d'une sœur du *de cujus*. On accorde à ces posthumes le bénéfice de l'Édit *De ventre in possessionem mittendo*, mais seulement s'ils ont été institués dans le testament, et si la mère ne peut suffire avec ses propres ressources aux dépenses de son entretien et aux frais que nécessitent sa grossesse. C'est un motif d'humanité qui a fait admettre cette décision: *ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur*[1].

Ainsi donc et comme conclusion, si la condition de naître héritier sien subsiste, elle cède dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant l'exige.

II. *La missio in possessionem est demandée ab intestato.* — Il n'est plus ici question de la condition de naître *heres suus*. Il suffit que le *nasciturus* soit appelé éventuellement pour le moment de sa naissance à une des *bonorum possessiones ab intestato, unde liberi, unde legitimi, vel etiam unde cognati*. Car, suivant la remarque du jurisconsulte Paul, l'envoi en possession de biens a lieu *ex omnibus partibus Edicti: nam ventrem prætor ex omnibus Edicti partibus mittit in possessionem*[2].

1. L. 6, D. (37, 9).
2. L. 10, D. *Ibid.*

CHAPITRE TROISIÈME

DES EFFETS DE L'ENVOI EN POSSESSION DE BIENS VENTRIS NOMINE

La situation de la femme, *quæ missa est in possessionem ventris nomine*, peut se définir ainsi : elle est détentrice provisoire, avec un droit d'administration qui s'exerce par l'intermédiaire d'un curateur et le droit de prélever sur la succession les dépenses nécessaires à son entretien. Après avoir examiné les effets de la *missio in possessionem ventris nomine* à ce triple point de vue, nous étudierons les mesures de répression, prises contre la femme qui s'est rendue coupable de dol, soit en alléguant mensongèrement sa grossesse pour obtenir l'envoi, soit en transmettant à un tiers les biens de la succession, en possession de laquelle elle avait été envoyée.

I. *Droit de détention.* — Le décret d'envoi n'a pas pour effet de conférer à la femme, qui l'a obtenu, un droit de propriété, ni même une possession véritable; ce qu'elle

obtient ainsi, c'est simplement une détention provisoire *non possidet sed est in possessione custodiæ causâ* [1].

S'il en est ainsi, comment la femme pourra-t-elle entrer en possession effective, après l'obtention du décret d'envoi ? Elle n'a pas la ressource des interdits possessoires, dont l'exercice suppose la possession ou une prétention à la possession. Le préteur lui accorde, comme à tous les envoyés, l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* [3]. C'est, en effet, dans les termes les plus généraux que l'Édit du préteur assure l'exécution de toute sentence, ayant ordonné une *missio in possessionem : si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo ejusve, cujus ea jurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum judicium quanti ea res fuit ob quam in possessionem missus erit, dabo* [4].

L'interdit *ne vis fiat* peut être invoqué par la femme, soit qu'on mette obstacle à son entrée en possession, soit qu'on vienne la troubler dans la suite : *prætor ven-*

1. L. 10, § 1 et l. 3, § 23, D. (41, 2).

2. L. 3, § 8, D. (43, 17).

3. L. 1, § 2, D. (43, 4).

4. Louis Jousserandot, *de l'Edit perpétuel*, t. II, p. 251. Rudorff pense qu'il y avait un interdit spécial pour le cas de *missio in possessionem ventris nomine* ; mais cette opinion est formellement contredite par les textes : *Hoc autem edictum est generale*, dit Ulpien (L. 1, § 2, D, h. t.), *pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a Prætore missi sunt ; convenit enim Prætori, omnes quos ipse in possessionem mi it, tueri. Sed sive rei servandæ causâ, sive legatorum, aut ventris nomine, in possessionem missi fuerint, habent ex hoc edicto in factum actionem,*

trem in possessionem mittit; et hoc interdictum prohibitorium est[1]. De plus, bien que les mots *ne vis fiat* semblent indiquer le contraire, pas n'est besoin qu'il y ait eu violence commise; il suffit que le trouble provienne d'agissements dolosifs; c'est là une condition nécessaire, mais suffisante, pour que le préteur accorde l'interdit[2].

La violation des dispositions de l'Édit *ne vis fiat* .. aboutit à une *actio in factum*, pénale *a parte rei tantum* et par conséquent annale et transmissible contre les héritiers *in id tantum quod ad eos pertinebit.* Le montant de la condamnation, qu'elle entraîne, est basée sur le préjudice qu'a causé l'obstacle apporté à la mise en possession : *quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missa fuerit*[3].

Ces divers caractères sont communs à l'action qui nous occupe, quelle que soit la cause qui a motivé l'envoi en possession de biens. Ils lui appartiennent, lorsque la *missio in possessionem* a lieu dans l'intérêt d'un enfant à naître, comme au cas de *missio in possessionem rei servandæ causâ*, que visent plus spécialement les textes. C'est ce qui résulte d'une loi d'Ulpien, où il est dit que

1. L. 3, § 2, D. *Ibid.*

2. L. 1, § 6, D. *Ibid.*

3. L. 1, § 5, D. (43, 4). De ce que l'action à laquelle aboutit la violation de l'interdit a seulement pour base le préjudice souffert, il en résulte que si l'enfant n'était pas réellement héritier ou s'il ne naissait pas vivant, aucune condamnation ne pourrait être prononcée, puisqu'en pareils cas le préjudice n'existe pas.

l'*actio in factum* est donnée à la femme, *ad exemplum creditorum* [1].

Nous pensons d'ailleurs que le magistrat, agissant en vertu de son *imperium*, pourrait pourvoir lui-même à l'exécution de son décret, *per manum militarem*. Cette solution est donnée dans un fragment du Digeste, pour le cas d'une *missio in possessionem fideicommissi servandi causâ* [2], mais elle doit être d'autant plus facilement étendue à notre cas, que les textes nous présentent la *missio in possessionem ventris nomine*, comme particulièrement favorable.

II. *Droit d'administration ; du curateur aux biens.* — La *missio in possessionem* a pour conséquence le droit d'administrer, qui s'exerce par l'intermédiaire d'un curateur. Les fonctions de ce curateur ne sont pas uniquement relatives aux biens ; en même temps que curateur aux biens, la personne, désignée par le magistrat, est curateur au ventre. Cette double mission peut d'ailleurs être confiée à deux personnes différentes [3].

En tant que curateur aux biens, le curateur n'agit pas seulement dans l'intérêt de l'enfant à naître, il est en même temps le représentant de ceux qui ont des droits présents ou éventuels à la succession. Il doit s'inspirer

1. L. 3, § 2, D. (43, 4).

2. L. 3, pr. D. *Ibid.*

3. Relativement à la nomination de ce curateur par le magistrat, au cautionnement à fournir, à sa responsabilité, il faut appliquer les mêmes règles qu'en matière de tutelle. Arg. L. 1, §§ 23 et 26 (37, 9).

des intérêts des uns et des autres dans ses fonctions d'administrateur. Les principales obligations qui lui incombent en tant que curateur aux biens sont les suivantes: payer les dettes urgentes du testateur, par exemple, celles dont le non-paiement ferait encourir une clause pénale, ou bien encore celles pour sûreté desquelles des biens précieux ont été donnés en gage: *utique ejus, quod sub pœnâ aut pignoribus pretiosis debetur*[1]; interrompre les usucapions à l'égard des biens héréditaires; veiller à ce que les créanciers ne se libèrent pas par prescription; mettre les créanciers en demeure. On remarquera que tous ces actes, dont l'énumération n'est nullement limitative, présentent le caractère d'actes purement conservatoires. C'est qu'en effet, à la différence du tuteur d'un pupille, dont les pouvoirs d'administration sont presque ceux d'un maître, le curateur aux biens est plutôt un gardien qu'un véritable administrateur. En principe, toute aliénation de biens meubles ou immeubles lui est interdite. Cependant il peut, avec le consentement des créanciers et des héritiers présomptifs, vendre les biens susceptibles de détérioration. C'est avec cette restriction qu'il faut entendre un passage d'Ulpien à notre titre: *conscribere* (*heres*) *curatori debet vendenti*[2].

1. L. 5, § 1, D. (37, 9).

2. L. 1, § 26, D. (37, 9); L. 48, D. (26, 7); voy. *Comment. Cujacii*, t. VIII, col. 118, A.

Ce même jurisconsulte prévoit le cas où il n'y a pas eu nomination d'un curateur aux biens, soit que cette nomination n'ait pas été demandée, soit qu'elle ait été demandée trop tard. En pareil cas, dit-il, les créanciers ou les héritiers présomptifs peuvent se constituer les gardiens des biens de la succession et si, parmi ces biens, il s'en trouve qui doivent être l'objet d'une surveillance spéciale, comme une récolte ou un troupeau, ils ont la faculté de préposer à cette surveillance une personne de leur choix. Ils ne doivent d'ailleurs intervenir effectivement dans les affaires de la succession, que lorsqu'il y a urgence. Leurs fonctions cessent dès qu'il a été pourvu à la nomination d'un curateur.

III. *Droit de prélèvement au profit de la veuve, du curateur au ventre.* — La femme n'a pas seulement la détention provisoire des biens de la succession. Elle peut prendre sur ces biens ce qui lui est nécessaire pour son entretien et les soins qu'exige sa grossesse. C'est au curateur, en tant que curateur au ventre, qu'incombe le soin de veiller à ce que la femme ne manque de rien. Il est chargé de pourvoir aux dépenses que nécessitent la nourriture, le logement, l'entretien (*cibum, potum, vestitum, tectum mulieri præstare*). Toutes ces dépenses [1] doivent être réglées avec économie, *pro facultatibus*

1. Ce ne sont pas les seules dépenses auxquelles il y a lieu de pourvoir; citons encore, à titre d'exemple, les frais d'entretien des esclaves, qui sont au service de la femme.

defuncti et pro dignitate ejus et mulieris[1]. Elles seront imputées d'abord sur le numéraire de la succession, et à défaut de numéraire, dit Ulpien, sur les biens qui sont pour un patrimoine bien plutôt une charge qu'une source de revenus : *ex his rebus, quæ patrimonia magis onerare impendio, quam augere fructibus consueverunt*[2]. Le jurisconsulte a sans doute en vue les biens qui peuvent être facilement distraits d'une succesion, et sans que sa valeur vénale en soit diminuée, par exemple : les meubles sujets à détérioration, une maison qui menace ruine.

Tous les frais qu'occasionne la grossesse, sont censés faits dans l'intérêt de l'enfant, dont la naissance est attendue. Il n'y a donc pas à considérer si la veuve a une dot, dont les revenus pourraient suffire à son entretien[3]. Pour le même motif, ces frais apparaissent comme une dette de la succession, de telle sorte que si la femme avorte, ou bien encore si l'enfant se trouve déshérité lors de sa naissance, ils ne pourront pas être répétés, pourvu cependant qu'ils aient été faits de bonne foi : *sumptus facti bona fide non repetuntur*[4].

1. L. 1, § 19 et L. 4, D. (37, 9).

2. L. 1, § 20, D. *eod tit.*

3. L. 5, pr., D. (*eod. tit.*). Cependant, ainsi que nous l'avons dit précédemment, s'il s'agit d'un posthume externe institué, l'envoi ne peut être ordonné qu'autant que la mère n'a pas des ressources suffisantes pour subvenir à son entretien. C'est ce qui résulte d'un texte d'Ulpien, à notre titre, loi 6.

4. L. 3, D. *eod tit.*

Le curateur au ventre n'a pas pour seule mission de pourvoir aux dépenses d'entretien de la veuve; il doit aussi veiller au plein accomplissement des formalités, que prescrit l'Édit *De ventre in possessionem mittendo*, afin de prévenir les conséquences fâcheuses d'une simulation de part. A ce nouveau point de vue, il apparaît comme le gardien des intérêts de ceux que la naissance d'un posthume aurait pour résultat d'écarter de la succession.

IV. *Des mesures de répression prises contre la femme coupable de dol.* — Nous avons vu quelles minutieuses précautions le Préteur avait prises, afin de prévenir le danger d'une supposition de part. Aux formalités préventives de l'Édit *De inspiciendo ventre*, il ajoute des mesures répressives.

1° Une femme se dit mensongèrement enceinte, pour obtenir l'envoi en possession des biens de son mari défunt. L'Edit prévoit et punit cette fraude dans une disposition, qui se trouve mentionnée au Digeste, au titre : *si mulier ventris nomine, calumniæ causa esse dicatur*[1]. Contre la femme, qui s'en est rendue coupable, il accorde une action infamante[2], pénale *a parte rei tantum*, annale. La peine de l'infamie peut atteindre le père de la femme, s'il s'est rendu complice de la fraude.

Cette action est donnée aux personnes dont l'intérêt

1. Dig., lib. 25, tit. 6.
2. L. 19, D. (3, 2).

était que la femme ne fût pas envoyée en possession de biens, tels que : le cohéritier de l'enfant, son substitué, l'héritier *ab intestat* qui aurait été appelé à la succession si la femme ne se fût pas déclarée enceinte. Elle est aussi donnée à l'héritier de l'héritier, lorsque celui-ci est mort sans avoir pu faire adition par suite de l'envoi en possession et, dans les mêmes conditions, à l'héritier du substitué au posthume [1].

L'action, ainsi accordée par le préteur, est pénale, mais seulement *a parte rei*. C'est dire que le demandeur obtient uniquement la réparation du préjudice qui lui a été causé : *quanti agentis interfuit, Prætor actionem pollicetur* [2]. L'intérêt du demandeur consistera principalement dans la restitution des aliments fournis à la veuve [3] ; mais encore cette restitution, comme d'ailleurs l'exercice de l'action, est-elle soumise à la mauvaise foi de celle-ci : *si res calumniæ caret, nihil præstabit mulier, quæ sine causa alta est sub prætextu ventris.*

2° Une autre disposition de l'Edit prévoit le cas où une femme, ayant obtenu l'envoi en possession provisoire des biens d'une succession, transmet frauduleusement ces biens à un tiers. De là peut naître un préjudice pour ceux qui ont des droits éventuels à cette succession. Car, de deux choses l'une : ou bien le tiers a agi

1. *L. un.*, § 6, D. (25, 6).
2. *L. un.*, § 4, *eod. tit.*
3. *L. un.*, § 7, *eod. tit.*.

de bonne foi, croyant la femme réellement propriétaire, et alors sa bonne foi aura pour effet de lui faire définitivement acquérir les fruits ; ou bien, il est de mauvaise foi, et il peut se trouver, à raison de son insolvabilité, dans l'impossibilité de rendre compte des fruits qu'il a consommés [1].

En pareil cas, le préteur donne aux intéressés une action *in factum* contre la femme qui a agi frauduleusement. De plus, il annonce dans son Édit [2] qu'il forcera les tiers à déguerpir. Mais, pour atteindre ce but, il n'usera pas de moyens coercitifs ; il aura recours à la voie des interdits, renvoyant ainsi les parties devant la juridiction ordinaire : *per interdictum ad jus ordinarium remittit* [3].

L'action, donnée contre la femme, a lieu dans la mesure de l'intérêt du demandeur. Elle devient donc inutile, si celui-ci a obtenu ce qu'il désire, outre les frais du procès. [4] A la différence de la précédente, elle ne se

1. L. 1, § 3, D. (25, 5).

2. Les dispositions de l'Édit sont reproduites au Digeste, au titre : *Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.* Digest., lib. 25, tit. 5.

3. L. 1, § 2, *eod. tit.* On sait, en effet, que la procédure des Interdits aboutit à un *judicium ordinarium.* L'opinion contraire, que notre texte aurait suffi à condamner, réunissait cependant contre elle, avant la découverte des *Institutes* de Gaius, les suffrages de presque tous les commentateurs du droit romain. Voy. Machelard, *des Interdits*, p. 6,

4. L. 2, § 1, D. *eod tit.* Ce texte a donné lieu à des difficultés d'interprétation. La Florentine porte : *ab eo qui in potestate est*, tandis

prescrit pas par le laps de temps d'une année, parce qu'elle tend uniquement à la *rei persecutio* d'une chose.

L'exercice de cette action suppose le dol de la femme. Si la femme est encore fille de famille, les intéressés pourront agir contre elle ou contre le père de famille, sous la puissance duquel elle se trouve, pourvu toutefois que celui-ci se soit rendu complice de la fraude.

On peut voir par là, avec quelles précautions minutieuses, le Préteur veille à ce que la *missio in possessionem*, organisée dans l'intérêt de ceux qui *in utero sunt*, ne devienne pas une cause de préjudice pour d'autres personnes. On est même tenté de lui adresser le reproche d'avoir quelquefois dépassé le but à atteindre, notamment lorsqu'il organise avec de minutieux détails les formalités relatives à la visite de la femme, qui se prétend enceinte, au décès de son mari.

que Cujas lit : *ab eo qui in possessione est.* Ainsi rectifié, le texte signifie que l'action n'est donnée que subsidiairement contre la femme ou le père de famille, sous la puissance duquel elle se trouve, et seulement dans la mesure de ce que les intéressés n'ont pu obtenir du possesseur, y compris les frais du procès. Voy. Cujas. *Observ.* lib. 23, cap. 39, *op. om.*, t. III.

CHAPITRE QUATRIÈME

DE LA DURÉE DE L'ENVOI EN POSSESSION DE BIENS VENTRIS NOMINE

L'envoi en possession de biens *ventris nomine* est une mesure simplement provisoire. En principe, sa durée est celle de la période de gestation : *tamdiu autem mulier in possessione esse debet quamdiu aut pariat, aut abortum faciat*[1]. Cependant si l'envoi a eu lieu *ad exemplum Edicti Carboniani*, il ne prend fin qu'à l'époque de la puberté.

Telles sont les deux principales causes qui font cesser les effets de la *missio in possessionem ventris nomine*; le terme de la grossesse ou l'époque de la puberté, sui-

1. Ulp., l. 1, § 27, D. (37, 9). La loi 2, *eod. tit.*, porte : *sed, et si eum ediderit qui repulsus est : discedere debet.* Il ne faudrait pas entendre cette loi, en ce sens que la femme ne devrait pas déguerpir, *si eum edidisset qui repulsus non esset.* Car les effets de l'Édit *De ventre in possessionem mittendo*, prennent nécessairement fin après la naissance de l'enfant.

vant que la *missio* a été conférée *ex Edicto De ventre in possessionem mittendo* ou bien qu'elle a été ordonnée *ad exemplum Edicti Carboniani.*

Ce ne sont pas les seules. D'une façon générale, s'il devient certain pour un motif ou pour un autre que l'enfant est exclu de la succession, dont sa naissance attendue tenait la dévolution en suspens, la mère doit déguerpir [1].

1. L. 2, D. (37, 9).

DROIT FRANÇAIS

DE

L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION

SUR L'ÉTAT ET SUR LA CAPACITÉ DU DROIT

INTRODUCTION

Au regard de la science, c'est par la respiration que la vie se manifeste chez le nouveau-né ; c'est par cette fonction essentielle, qu'il puise dans l'air le principe d'une vie qui lui est propre. Auparavant, c'est la vie fœtale, l'enfant ne respire pas encore, le sang ne circule pas dans ses poumons. Il vit déjà, mais non pas d'une vie distincte de celle de sa mère.

Le législateur ne pouvait donc, sans se mettre en désaccord avec la réalité des faits, prendre pour point de départ de la vie civile le moment de la conception. Mais, d'un autre côté, devait-il s'attacher uniquement au mo-

ment de la naissance dans la détermination de l'état et des droits des personnes ? Nous avons dit comment les jurisconsultes romains avaient résolu heureusement cette difficulté, en imaginant la fiction que l'enfant conçu est censé né, toutes les fois qu'il s'agit de son intérêt : *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Voyons de quels principes se sont inspirés en cette matière les rédacteurs du Code civil.

Nous sommes ainsi conduit à rechercher l'influence de la conception, relativement à la détermination de l'état et à la capacité du droit.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION RELATIVEMENT A LA DÉTERMINATION DE L'ÉTAT.

Dire que la notion juridique de l'état (*status*) ne s'applique pas à l'enfant, *qui adhuc in utero est*, c'est énoncer une vérité élémentaire. Il est bien évident pour tout le monde que la qualité de citoyen de telle ou telle nation, celle d'enfant légitime ou illégitime de tel ou tel individu, ne saurait appartenir qu'à celui qui est déjà né, et qui par sa naissance a acquis une individualité distincte. Et cependant, dans la détermination de l'état des personnes, le législateur ne pouvait entièrement négliger cette période de temps, qui se place entre l'acte de la conception et celui de la naissance. Rechercher comment et dans quelle mesure il en a tenu compte, au double point de vue des droits de cité et des droits de famille, tel est précisément l'objet de cette première partie de notre travail.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INFLUENCE DE L'ÉPOQUE DE LA CONCEPTION, RELATIVEMENT A LA DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ

I. *Doit-on, pour déterminer la nationalité d'un enfant, se placer au moment de sa naissance ou à celui de sa conception?* — On voit l'intérêt de la question, si dans l'intervalle de ces deux dates, le père ou la mère a changé de nationalité.

L'examen de cette difficulté suppose résolue une question préliminaire, celle de savoir dans quels cas un enfant prend la nationalité de son père, dans quels cas, celle de sa mère. Il semble qu'aucun doute ne soit possible, si l'enfant est issu d'un mariage légitime ; c'est le père qui lui transmet sa nationalité, suivant la règle du droit Romain : *cum legitimæ nuptiæ factæ sunt, patrem liberi sequuntur*[1]. La question est plus délicate, s'il s'agit

1. L. 19, D. *de statu hom.* *Sic* : Démolombe, t. I, n° 148 ; Demante, t. I, p. 64 ; Aubry et Rau, p 231, § 69. *Contra :* Laurent, qui estime qu'en pareil cas on doit laisser à l'enfant le droit de choisir entre la

d'un enfant né hors mariage. On admet généralement la distinction suivante : si l'enfant naturel n'a été reconnu que par un seul de ses auteurs, il suivra la nationalité de celui qui l'aura reconnu ; que si, au contraire, il a été reconnu par son père et par sa mère, c'est la nationalité du père qui déterminera toujours la nationalité de l'enfant [1]. Nous n'examinerons pas si cette règle ne prête pas à une contradiction sérieuse, et s'il ne serait pas préférable de suivre avec quelques auteurs la tradition Romaine [2] : *lex naturæ est ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur*. S'il était nécessaire de poser la question et d'en indiquer les solutions principales, serait-il du moins superflu et hors propos d'entrer dans le détail des controverses qu'elle soulève. Revenant donc à notre point de départ, nous allons rechercher quel moment on devra considérer dans la détermi-

nationalité de son père et celle de sa mère, t. I, n° 326. — Remarquons que l'hypothèse d'un enfant légitime, dont le père et la mère ne sont pas tous deux Français, n'est possible qu'autant que l'on suppose la nationalité de l'un des époux changée pendant le mariage ; car notre législation attribue à la femme la nationalité de son mari, au moment du mariage.

1. *Sic* : Demolombe, t. I, n° 149 ; Aubry et Rau, t. I, § 69, p. 232 ; Demante, t. I, n° 18 bis ; Daniel de Folleville, *Rev. prat.*, 1878, XLV, p. 405.

2. *Sic* : Duranton, t. I, n°s 124 et 125 ; Mourlon et Demangeat, édit. 1884, t. I, p. 98. — Suivant M. Laurent, l'enfant naturel, comme l'enfant légitime, a le choix entre la nationalité de son père et celle de sa mère, t. I, n° 331.

nation de la nationalité d'un enfant ; se placera-t-on au moment de sa conception ou à celui de sa naissance?

Plusieurs opinions ont été émises.

Une première doctrine enseigne qu'il faut s'attacher à l'époque de la naissance. Elle invoque le texte de l'article 9 du Code civil, ainsi conçu : « *tout enfant né d'un étranger,* etc. » et l'article 10, qui dit : « *tout enfant né d'un français.* » Ne ressort-il pas de ces deux textes, dit-on, qu'il faut s'attacher à la naissance et non à la conception, pour déterminer la nationalité? Et cela est manifestement conforme à la notion de la personnalité. Car, l'enfant ne commence à compter dans la société qu'à partir de sa naissance. Jusque-là, il ne peut donc être membre d'aucune nation.

On répond dans une deuxième opinion que les articles 9 et 10 du Code civil ne sont nullement décisifs, le mot « *né* » qu'ils emploient étant pris ici comme synonyme du terme « *issu* », pour marquer le rapport de filiation qui unit un enfant aux auteurs de ses jours ; qu'en outre, il ne s'agit pas, ainsi que le prétendent les partisans du premier système, de savoir si l'enfant, *qui in utero est,* a la qualité de membre de telle ou telle nation, (la question ne peut même pas se poser), mais bien de préciser le moment où sa nationalité sera appréciée et caractérisée. Ainsi posée, dit-on, et dans le silence des textes, la question doit se résoudre à l'aide de la tradition. Or, la règle du droit romain, suivie dans notre

ancien droit, est qu'il faut s'attacher à l'époque de la conception ou au moment de la naissance, suivant que l'enfant suit la condition de son père ou celle de sa mère « *In his autem, qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur ; in his autem, qui non légitime concipiuntur, editionis.* » C'est cette règle, qui doit guider l'interprète dans le commentaire de cette partie de notre Code[1].

Un troisième système, faisant l'application rigoureuse à notre matière de la fiction, que l'enfant conçu est censé né toutes les fois qu'il s'agit de son intérêt, lui laisse le choix entre la nationalité, que sa naissance lui imprime, et celle que lui assignerait sa conception[2].

C'est du même principe que dérive le quatrième système, que ses partisans ramènent à la formule suivante : il suffit, pour qu'un enfant naisse Français, que la personne dont il doit suivre la condition (son père ou sa mère) ait été Français, soit au moment de la naissance, soit à celui de la conception, soit dans l'intervalle de ces deux époques[3].

Passons à l'examen critique de ces différents systèmes.

Le premier semble tout d'abord présenter les avanta-

1. Demante, t. I, 18 bis, II.

2. Laurent, t. I, n° 327 ; Richelot, t. I, n° 65, note 16 ; Taulier, I, p. 105.

3. Demolombe, t. I, p. 159 ; Daniel de Folleville, *ubi supr.*

ges d'une application facile. La naissance est un fait matériel, dont la constatation n'offre pas de difficulté. L'époque précise de la conception est, au contraire, un fait nécessairement incertain. Nous le repoussons cependant, bien qu'il puisse invoquer en sa faveur le texte littéral des articles 9 et 10 du Code civil. Car, sous son apparence de simplicité, il conduit à des inconséquences pratiques très fâcheuses. Supposons un enfant conçu en mariage et né peu de temps après la mort de son père. Tout le monde reconnaîtra que cet enfant naîtra Français, si son père avait la qualité de Français au moment de sa mort. Et cependant, à prendre à la lettre le texte des articles 9 et 10, qui sert de fondement à l'argumentation des partisans du système, il faudrait décider que cet enfant aura la patrie de sa mère, qu'il sera étranger si elle est étrangère, puisqu'au moment de sa naissance son père était sans patrie, car il n'existait plus. Un pareil résultat est manifestement inadmissible.

Le système du droit romain séduit tout d'abord ; et la distinction sur laquelle il repose, semble bien calquée sur les lois de la nature. L'existence de l'enfant est, en effet, indépendante de celle de son père aussitôt après la conception, tandis qu'elle reste liée à celle de sa mère jusqu'à l'enfantement. Il semble donc conforme à la logique des faits de s'attacher à l'époque de la conception ou au moment de la naissance, suivant que l'enfant

doit suivre la condition de son père ou celle de sa mère. La difficulté est de trouver dans nos textes un point d'appui à cette distinction ; rien n'indique que les auteurs du Code aient voulu reproduire la règle du droit romain.

Restent en présence le troisième et le quatrième système. On sait qu'ils procèdent l'un et l'autre du même principe, à savoir que l'enfant conçu doit être réputé déjà né, toutes les fois qu'il y va de son intérêt. Le désaccord porte sur l'étendue d'application que doit recevoir ce principe. Il importe tout d'abord de rechercher si l'application à notre matière de l'adage romain (*nasciturus pro nato habetur*) trouve sa justification dans nos lois.

Contre cette application, on objecte : ce n'est que fictivement et en le considérant comme déjà né, que le *nasciturus* peut être le sujet actif ou passif d'un droit. Le Code, dit-on, admet bien cette fiction en matière de succession et de donation (725 et 906) ; mais, par cela même qu'il prend soin d'en faire l'application à deux cas spéciaux, il l'exclut pour tous les autres[1]. C'est, selon nous, faire un étrange abus de cette règle que toute fiction légale est de droit strict. On a répondu avec infiniment de raison qu'il ne s'agit pas ici d'une règle particulière, mais bien d'un principe général, consacré par le Code civil : « Oui, dit M. Laurent [2], l'adage romain est une fiction ; mais en la consacrant pour les successions

1. Mourlon, *ubi sup.*
2. Laurent, t. I, n° 327.

et les donations, le code reconnaît qu'elle a un fondement rationnel. La loi nous dit qu'elle est la raison qui la fait admettre. C'est l'intérêt de l'enfant. La raison est générale et non spéciale aux successions et aux donations. Dès lors, le principe doit recevoir application dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant est en cause ».

On objecte à un autre point de vue que l'adage vient du droit Romain et que, dans le droit Romain, il n'avait pas l'étendue d'application que nous lui donnons. Cela est vrai pour l'époque classique. Pour déterminer la nationalité de l'enfant et d'une façon générale, pour apprécier à un point de vue quelconque sa condition originaire, on appliquait les deux règles suivantes : 1° l'enfant, s'il a été conçu *ex justis nuptiis*, suit la condition de son père ; 2° la condition du père s'envisage au moment de la conception, celle de la mère au moment de la naissance[1]. Mais, dans la suite, ces deux règles subirent des dérogations importantes qui, la faveur de la liberté aidant, finirent par aboutir à la consécration définitive de la maxime *nasciturus pro nato habetur*. On arriva ainsi à décider qu'un enfant naît libre et citoyen, toutes les fois que la mère aura été libre et citoyenne, soit au temps de la naissance, soit au temps de la conception, soit même pendant la grossesse[2].

1. Gaius I, 89, *Commentaires*.

2. Inst., pr. I, 4 : *sufficere ei, qui in ventre est, vel medio tempore, liberam matrem habuisse*.

On voit par là, que la portée de cette maxime était, dans le dernier état du droit, générale et non spéciale à tel ou tel cas ; son application à notre matière étant certaine, ainsi que nous l'avons démontré, il reste à préciser les conséquences du désaccord, que cette application a soulevé dans la doctrine.

On a prétendu qu'il fallait appliquer l'adage romain avec toute l'étendue qu'il comporte dans ses termes. Le père était Français au moment de la conception. Il est Belge au moment de la naissance, il dépendra de l'enfant d'être Belge ou Français. Laisser le choix à une personne entre deux nationalités, tel est donc le résultat auquel on arrive dans cette opinion. Nous ne pensons pas que cela soit admissible. La nationalité touche à la fois au droit public, au droit politique et au droit privé. On ne peut supposer raisonnablement que le législateur ait ainsi abandonné à l'arbitraire des individus des droits, qui sont tout ce qu'il y a de plus précieux dans nos institutions. Mais, dit-on, l'adage Romain le veut ainsi ; car, en l'appliquant, « le législateur l'a par cela même consacré et il l'a consacré comme une règle générale, fondée sur l'intérêt de l'enfant et que l'enfant peut toujours invoquer[1]. » Nous répondons que l'intérêt de l'enfant doit céder devant l'intérêt public, qui exige impérieusement que la faculté d'acquérir ou de perdre la

1. Laurent, t. I, *ubi supr.*

qualité de Français ne soit pas abandonnée au caprice individuel.

Ne voit-on pas d'ailleurs à quelles difficultés inextricables conduit ce système? Supposons un enfant déjà conçu lorsque son père et sa mère, Français et légitimement mariés, se sont faits naturaliser Belges. Quelle sera la condition de cet enfant pendant sa minorité, alors qu'il n'a pas la capacité de choisir? Dira-t-on qu'il aura la nationalité que sa naissance lui imprime, sauf pour lui la faculté de se prévaloir de la fiction, qui le répute né toutes les fois que son intérêt l'exige, pour réclamer la qualité de Français à l'époque de sa majorité? A cela il est facile de répondre, que la question n'est pas ici de décider si l'enfant a pu devenir Français par un fait postérieur à sa naissance ; il s'agit de savoir s'il est né Français ou Belge, à moins qu'on ne dise que sa nationalité reste en suspens jusqu'à l'époque de sa majorité, et qu'alors elle sera rétroactivement déterminée par l'option qu'il fera. Sans insister sur l'anomalie qu'il y aurait à transporter dans une matière, qui a trait à l'état des personnes, les règles qui régissent l'effet rétroactif de la condition dans les contrats, nous remarquerons que cette solution laisse subsister de grosses difficultés. Et notamment, l'enfant pourra-t-il opter à tout âge, ou bien son droit d'option sera-t-il soumis au délai fatal que prescrit l'article 9, dans une hypothèse toute spéciale?

Cette opinion écartée, nous arrivons au quatrième et

dernier système, qui nous paraît le seul acceptable. C'est en principe, conformément au texte des articles 9 et 10, la naissance qui assigne à l'enfant sa nationalité d'origine ; mais, à cette règle il faut apporter une exception de faveur, « quand l'enfant, qu'on déclarerait étranger en se plaçant au moment de la naissance, devra se trouver Français si on se reporte à l'époque de la conception[1] ». Nous décidons ainsi par application de l'adage Romain : *conceptus pro nato habetur ;* mais, tandis que le système précédent prend pour critérium unique d'application l'intérêt de l'enfant, nous pensons que l'intérêt de l'enfant doit avoir pour limite l'intérêt primordial de l'État, qui est évidemment de ne pas abandonner à la volonté individuelle la fixation d'un droit aussi important que le droit de nationalité. En conséquence, la maxime romaine n'aura pas pour effet de laisser à l'enfant le droit de choisir ; elle ne devra recevoir application, que si le résultat est de le faire considérer comme Français[2].

Deux exemples suffiront à montrer les conséquences pratiques de ce système :

1. Marcadé, t. I, p. 97.

2. Sans doute, cette solution peut conduire à donner à l'enfant la nationalité Française, contrairement à ses véritables intérêts. A cela il est facile de répondre que la nationalité d'origine se détermine d'après la loi seule, et non d'après une option à faire en vue de tels ou tels intérêts. Or, au point de vue de la loi française, l'intérêt de l'enfant est évidemment de naître Français.

1° Un enfant naturel a été reconnu par sa mère seule, Française au moment de la conception, et Belge au moment de la naissance. L'enfant sera Français, bien que sa mère, dont il droit suivre la condition, fût étrangère à l'époque où il est né.

2° L'enfant, issu de parents étrangers au moment de sa conception, mais devenus Français avant l'accouchement de sa mère, naîtra de même Français. Décider autrement, en reportant fictivement la naissance à l'époque de la conception, ce serait rétorquer contre lui une fiction qui a été introduite en sa faveur [1].

II. *Détermination de l'époque de la conception.* —

1. On peut faire à notre système le reproche d'aboutir, par un exclusivisme trop absolu, à des conséquences fâcheuses. Car, en supposant que les législations étrangères s'inspirent des mêmes idées, il arrivera que nous considérerons comme Français un individu, dont un autre pays revendiquera la nationalité ; nous aboutirons ainsi à ce singulier résultat d'une même personne ayant deux patries. Mais ce résultat n'est pas spécial à notre système; il se produit assez fréquemment par suite du conflit de deux législations diverses. Ainsi, les rédacteurs du Code civil ont consacré un principe nouveau en matière de nationalité, le principe que la qualité de Français se détermine par la filiation, tandis que dans d'autres pays, tels que l'Angleterre, on prend seulement en considération le lieu de la naissance. Dès lors, l'enfant né d'un Français en Angleterre est Anglais, d'après le droit Anglais, et il est Français d'après la loi Française ; il a donc deux patries. C'est là certainement une situation regrettable et qui peut donner lieu à bien des difficultés pratiques ; mais elle est la conséquence d'un conflit de législations contraires, auquel des traités peuvent seuls mettre fin.

Lorsqu'il s'agit de la légitimité de l'enfant, le législateur a pris soin de déterminer l'époque incertaine de sa conception, en établissant les limites probables de la gestation la plus courte et de la gestation la plus longue. Dans le système de la loi, ainsi que nous le verrons, un enfant est réputé conçu dans le mariage, partant légitime, lorsque sa conception se place cent quatre-vingts jours au plus tôt après la célébration du mariage, ou trois cents jours au plus tard après sa dissolution. Faut-il appliquer ces présomptions, lorsqu'il s'agit pour un enfant deprouver non plus sa légitimité, mais sa nationalité ? Si l'on s'en tient aux principes, la solution négative est certaine. C'est, en effet, un principe de droit que toute présomption doit être rigoureusement circonscrite dans les limites, que lui a assignées le législateur. La jurisprudence est muette sur cette question, et les auteurs la passent généralement sous silence[1].

1. Voy. Demolombe, t. I, nº 151 ; Fuzier-Hermann, *Codes an.* art. 10, admet que les présomptions sont applicables à la détermination d la nationalité, quand il s'agit d'un enfant légitime.

CHAPITRE DEUXIÈME

DE L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION, RELATIVEMENT A LA DÉTERMINATION DE LA FILIATION.

§ 1er. — Filiation légitime.

I. *Principe.* — La légitimité a pour fondement le mariage; dans l'impossibilité d'emprunter à la nature un signe infaillible de la paternité, le législateur s'est attaché à un fait extérieur et susceptible de preuve directe : le mariage. C'est le mariage qui indique le père.

Ce principe, que les Romains traduisaient au moyen de l'adage bien connu : *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, notre code l'énonce ainsi : « *L'enfant, conçu pendant le mariage, a pour père le mari* » (article 312). Cette nouvelle formule est préférable. Elle circonscrit immédiatement la sphère d'application du principe;

elle dit expressément que la condition pour l'invoquer sera la conception pendant le mariage ; la maxime Romaine ne le disait qu'implicitement.

Lors de la discussion du titre de la paternité et de la filiation au Conseil d'État, on avait proposé un système différent. Portalis et Regnaud de Saint-Jean-d'Angely auraient voulu prendre pour critérium de la légitimité le fait de la naissance, plutôt que le fait obscur de la conception. Le premier proposait la rédaction suivante « L'enfant né pendant le mariage appartient au mari ». Mais, après une discussion très animée, à laquelle prirent part le Premier Consul, Cambacérés, Regnier, Portalis, Regnaud, Emmery..., cette rédaction fut repoussée. Cela résulte avec certitude de l'adoption de l'article 1er du projet, conçu dans les mêmes termes que la première partie de l'article 312 actuel [1].

C'est donc la conception et non la naissance, qui constitue la filiation. En d'autres termes, ce n'est pas au fait de la naissance dans le mariage, que la loi attache la qualité d'enfant légitime ; elle se réfère, en principe, au moment de la conception. Et il ne pouvait en être autrement. L'opinion contraire eût été en opposition manifeste avec la pensée de faveur pour la légitimité, qui avait guidé le législateur dans la confection de cette partie de notre code ; car elle eût conduit lo-

1. Locré, *Lég. civ.*, séance du Cons. d'État du 14 Brumaire, an X, t. VI, p. 23 et s.; Fenet., *Trav. prép.*, t. X.

giquement à déclarer illégitime l'enfant né peu de temps après la mort du mari.

II. *Détermination de l'époque de la conception.* — Dès l'instant où l'on prenait pour critérium de la légitimité le fait de la conception dans le mariage, la question suivante se présentait subsidiairement à l'examen des rédacteurs du code : quels enfants seront réputés conçus pendant le mariage ? Comment l'ont-ils résolue ?

L'époque de la conception ne peut se déterminer approximativement que par l'étude d'un phénomène physiologique ; la durée des grossesses. Mais, la nature n'a pas assigné à la période de gestation de la femme une durée uniforme ; en cette matière, comme en bien d'autres, elle a ses caprices dont la cause mystérieuse échappe à toute investigation. Fallait-il donc laisser la solution du problème à l'appréciation des Tribunaux ? Ce système était condamné d'avance, parce qu'il avait donné lieu dans notre ancien droit à des procès scandaleux, dont le souvenir était encore présent à la mémoire de tout le monde, parce qu'il aurait apporté dans la détermination de l'état des personnes l'incertitude la plus fâcheuse. Mais, d'autre part, le législateur ne pouvait pas, sans se mettre en désaccord avec les données de l'expérience, déterminer d'une manière fixe et invariable la durée de la grossesse. Son rôle devait se borner à établir les limites probables de la gestation la plus courte et de la gestation la plus longue.

En conséquence, l'illustre Fourcroy fut chargé de faire des recherches *sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées et tardives;* il déposa son rapport au Conseil d'État dans la séance du 14 Brumaire an X. Après avoir passé en revue les doctrines de tous les naturalistes et de tous les médecins, depuis ceux de la plus haute antiquité, Hippocrate, Aristote et Gallien, jusqu'à ceux des temps modernes, Bouvart, Petit et Louis, exposé tous les systèmes, depuis celui de Zacchias jusqu'à celui de Fodéré, il concluait ainsi : « En conséquence, on doit conclure que l'opinion déjà présentée au Conseil, sur la fixation de cent quatre-vingt-six jours pour les naissances tardives, se trouve parfaitement d'accord avec la portion la plus éclairée et la plus sage des physiciens, des naturalistes et des jurisconsultes. [1] »

Les chiffres, indiqués par Fourcroy dans ce rapport, furent primitivement insérés au projet ; mais ils n'ont pas été maintenus. Sur la proposition du Premier Consul, on restreignit à cent quatre-vingts jours le terme des naissances accélérées et on étendit à trois cents jours celui des naissances hâtives. Ces nouveaux délais étaient plus favorables à la légitimité ; on voulait ainsi éviter la possibilité d'une erreur préjudiciable à l'enfant, au ris-

1. Précis sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées et tardives; voy. Locré, *Esp. du Code civ.* (t. II, p. 27), où ce Précis se trouve intégralement reproduit.

que d'introduire un étranger dans la famille. Mieux valait encore ce résultat, que de s'exposer, par la rigueur de limites trop étroites, à exclure un enfant de la famille, à laquelle il aurait appartenu selon la nature. « En adoptant une règle prise dans la marche ordinaire de la nature, dit M. Toullier, les rédacteurs du code n'ont pas entendu énoncer une vérité absolue, ni décider en physiologistes une question, sur laquelle sont partagées les opinions des plus savants médecins. Ils ont fait ce qui était propre à la législation, ils ont tari la source de ces procès difficiles et scandaleux, qu'occasionnaient les naissances tardives et précoces, en traçant aux juges une règle positive, pour fixer leur incertitude et prévenir désormais l'arbitraire des juges et la contrariété des jugements [1] ».

Si l'œuvre du législateur ne mérite sur ce point que des éloges, il n'en est pas de même relativement au mode de supputation des délais légaux de la gestation. « Il n'y a rien de plus obscur ni de plus compliqué », dit avec raison M. Demolombe ; et comme conséquence, rien de plus divergent que l'opinion des auteurs.

Dans la doctrine la plus généralement admise, on décide que le calcul des délais doit se faire, non par heures, *de momento ad momentum*, mais par jours entiers, *de die ad diem*. Si l'on est à peu près d'accord sur ce

1. Toullier, t. IX, p. 115,

point, le plus complet désaccord existe, lorsqu'il s'agit de préciser exactement le terme initial et le terme final de la durée de la grossesse. Faut-il, dans le calcul des délais de trois cents jours et de cent quatre-vingts jours, comprendre ou exclure le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour de la célébration du mariage, dans l'hypothèse d'une grossesse accélérée, et celui de la dissolution du mariage, dans l'hypothèse d'une naissance tardive [1]? Pareillement, faut-il exclure le *dies ad quem*, c'est-à-dire le jour de la naissance de l'enfant?

1° En ce qui concerne le *dies ad quem*, tout le monde admet qu'il doit être compris dans la computation des délais. Relativement au délai le plus long, cette solution résulte implicitement de l'article 315, qui porte : « *La légitimité de l'enfant, né trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée* ». Il est évident, en effet, que l'enfant qui naît avant l'heure de minuit du trois centième jour, naît avant l'expiration du délai de trois cents jours, et qu'à l'inverse, l'enfant qui naît une minute après cette heure naît le trois centième jour, et par conséquent, après le délai. Un raisonnement ana-

1. Dans le cas de l'article 312, modifié par la loi du 6 décembre 1850 et par celle du 27 juillet 1884, le *dies a quo* sera celui du rejet définitif de la demande en séparation de corps ou en divorce, ou celui de la réconciliation des époux, s'il s'agit du délai le plus court; et s'il s'agit du délai le plus long, le point de départ sera le jour de l'ordonnance du président, autorisant la femme à résider séparément de son mari.

logue conduirait à décider qu'on doit comprendre le *dies ad quem* dans le calcul de la plus courte gestation, et cela résulte d'ailleurs des termes de l'article 312.

2° Relativement au *dies a quo*, plusieurs systèmes se sont produits sur le point de savoir s'il doit entrer dans la computation des délais. Dans une première opinion, on comprend le *dies a quo* dans le calcul des plus courtes gestations, non dans celui des gestations prolongées [1]. Suivant une autre, le *dies a quo* doit, dans tous les cas, faire partie du délai légal [2]. Enfin, dans un troisième système, il doit en être exclu [3].

Sans examiner les arguments invoqués de part et d'autre, nous nous bornerons à dire que le troisième système, qui est généralement admis par les auteurs et par la jurisprudence, peut invoquer en sa faveur une considération décisive. En effet, les délais se comptant *de die ad diem* et non *de momento ad momentum*, il faut, pour savoir quel a été le cent quatre-vingtième jour de la célébration du mariage ou le trois centième jour de sa dissolution, faire abstraction du nombre d'heures qui se sont écoulées depuis l'événement, qui sert de point de départ au délai, jusqu'à l'expiration du jour où il s'est produit. Car, ce nombre d'heures, quel qu'il

1. Duranton, t. III, n° 44; Marcadé, art. 312, n° 2.

2. Toullier, t. II, n° 792.

3. Demolombe, t. V, n° 19; Demante, t. II, n° 38 *bis*, 11; Aubry et Rau, t. VI, page 28, note 6, et page 38, note 35, et Ar. du 18 février 1869, Sir. 69, 1, 215.

soit, ne forme pas un jour complet, qui a pour point de départ et pour terme l'heure de minuit. Cette considération, invoquée par la Cour suprême dans les considérants d'un arrêt, que nous avons cité en note, nous paraît décisive.

Il nous reste à dire un mot du système, qui compte *de momento ad momentum* [1]. Nous ne le croyons pas admissible. Car il substitue au délai de la loi un délai tout différent. La durée maximum de la gestation légale est de trois cents jours, la durée minimum de cent quatre-vingts jours. Dans le système, qui compte *de momento ad momentum*, cette durée est de trois cents ou ou de cent quatre-vingts périodes de vingt-quatre heures. Or, ce nouveau mode de computation est manifestement contraire à la pensée des rédacteurs du Code. On sait, en effet, que les délais de trois cents jours et de cent quatre-vingts jours correspondaient à six mois et à dix mois, sous l'ère du calendrier républicain, qui était en vigueur lors de la confection du Code, et dont les mois avaient une durée uniforme de trente jours.

Est-il admissible que par ces expressions « *six mois et dix mois* », qui se rencontrent à chaque instant dans

1. Cette opinion a été fortement défendue dans une note de M. Le Gentil, avocat à Arras, insérée dans le *Recueil de Sirey*, en note (1857, 2, 370); en outre, MM. Valette et Laurent lui ont donné leur puissante adhésion. La jurisprudence des cours d'appel est dans le même sens, Poitiers, 24 juillet 1865, Dal., 65, 2, 129; Angers, 12 décembre 1867, D., 67, 2, 201.

les discussions préparatoires [1], on ait voulu désigner la révolution soit de cent quatre-vingts fois, soit de trois cents fois vingt-quatre heures ?.

En résumé, nous arrivons aux conclusions suivantes : que les délais légaux de la gestation se comptent de *die à diem* et non *de momento ad momentum ;* que ces délais s'accomplissent seulement par l'expiration d'une période de cent quatre-vingts jours pour les gestations hâtives, et de trois cents jours pour les gestations tardives, en comprenant dans le calcul le *dies ad quem*, en excluant de ce calcul le *dies a quo*.

III. *Étendue d'application de la présomption, qui attribue la paternité du mari à l'enfant conçu dans le mariage.* — Les limites légales de la grossesse ainsi déterminées, il devient facile de savoir si l'enfant a été conçu, pendant le mariage, des œuvres du mari. Il sera présumé conçu du mariage, s'il est né après l'expiration du terme le plus court, depuis la célébration du mariage ; s'il est né, depuis sa dissolution, avant l'expiration du terme le plus long.

D'où cette conséquence affirmative, que l'époque de la conception se place nécessairement dans le temps qui sépare les deux termes extrêmes, c'est-à-dire entre

1. On lit notamment dans le discours de Bigot-Préameneu au Corps législatif : « Il est très rare qu'un enfant soit né, avant que six mois de grossesse ou cent quatre-vingts jours depuis la conception se soient écoulés ; ou qu'il soit resté dans le sein de sa mère plus de dix mois ou trois cents jours ». Locré, *Lég. civ.*, t. VI, p. 194.

le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant sa naissance. Les cent vingt-un jours, que comprend ce temps intermédiaire, constituent la période légale de gestation. L'enfant peut, suivant son intérêt, et sans avoir de ce chef aucune preuve à faire, placer sa conception à un moment quelconque de cette période. Mais, cette faculté ne lui appartient qu'autant que le choix ainsi fait aura pour résultat de le faire considérer comme légitime. Supposons un enfant né, postérieurement au cent quatre-vingtième jour et antérieurement au trois centième jour de la dissolution du mariage par le décès du mari. S'il a été déclaré par la mère comme illégitime, et que cette déclaration se trouve confirmée par un tiers le reconnaissant régulièrement comme son propre enfant naturel, notre principe conduit à lui permettre de répudier l'état que lui donne cette reconnaissance et de se prévaloir à l'encontre des héritiers du mari de la présomption de légitimité, qui s'attache à tout enfant né moins de trois cents jours après la dissolution du mariage. A l'inverse, s'il demande à être déclaré l'enfant naturel du tiers qui l'a reconnu, nous ne pensons pas qu'il puisse invoquer la présomption légale sur la durée minima de la gestation, pour soutenir que sa naissance se plaçant plus de cent quatre-vingts jours après la dissolution du mariage de sa mère, il doit être présumé conçu hors de ce mariage. Les présomptions des articles 312 et suivants ont été manifestement inspi-

rées par la faveur pour la légitimité. Elles ne peuvent être invoquées, à notre sens, que par celui qui prétend à la qualité d'enfant légitime [1].

1. Voy. *infrà*, p. 95 et s. — Nous ne pensons pas que la règle d'après laquelle l'enfant a, en principe, la faculté de reporter sa conception à un moment quelconque de la période légale de gestation, doive intervenir dans la solution à donner dans une question des plus ardues et qui, de tous temps, a exercé la sagacité des jurisconsultes ; celle de savoir quel est l'état de l'enfant, né d'une femme veuve qui s'est remariée avant l'expiration du délai de viduité, fixé par l'article 228, lorsque la naissance de cet enfant a eu lieu plus de 180 jours après la célébration du second mariage et moins de 300 jours après la dissolution du premier. De l'avis presque unanime des auteurs, le mariage ainsi contracté, nonobstant la prohibition de la loi, n'est pas annulable, l'empêchement étant simplement prohibitif. On se trouve donc en présence de deux présomptions d'égale force; l'enfant est également présumé l'enfant du premier mari, et l'enfant du second mari de sa mère Cependant, il est incontestable en fait qu'il ne peut avoir qu'un père. Quel sera donc ce père ? L'application du principe, que nous avons posé, conduirait à lui laisser le choix de la famille à laquelle il veut appartenir. Nous avons à peine besoin de remarquer tout l'illogisme de cette opinion, qui est cependant soutenue par un auteur d'un grand talent (Laurent, t. III, nº 488). D'ailleurs, elle n'est pas la conséquence rigoureuse de notre principe. C'est, avons-nous dit, par faveur pour la légitimité, pour permettre à un enfant d'échapper à la bâtardise, que la loi lui donne la faculté de placer sa conception à un moment quelconque de la période de gestation. Mais la question n'est pas ici de savoir si l'enfant sera bâtard ou illégitime; l'alternative s'établit entre deux légitimités également possibles. Nous sommes donc en dehors de la sphère d'application du principe. Quant à nous, s'il nous fallait prendre un parti entre les solutions diverses qui ont été proposées, nous déciderions qu'il appartiendra aux tribunaux de décider souverainement lequel des deux maris se trouve en réalité le père de

De tout ce qui précède, il semble devoir résulter, que l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour depuis la célébration du mariage, et l'enfant né plus de trois cents jours après sa dissolution, ne sont pas réputés conçus dans le mariage ; qu'en conséquence, ils sont de plein droit illégitimes. Cette conclusion ne serait pas entièrement exacte. C'est ce qu'il importe maintenant d'établir, en parcourant successivement deux hypothèses, qui sont bien distinctes, celle où l'enfant est présumé conçu avant la célébration du mariage, celle où il est présumé conçu postérieurement à sa dissolution.

1° *De l'enfant conçu avant et né dans le mariage.* — Devait-on déclarer de plein droit illégitime l'enfant, dont la conception se place antérieurement au mariage de ses père et mère, mariés au moment de sa naissance? C'eût été peut-être conforme à une logique rigoureuse, du moment qu'on prenait pour critérium de la légitimité le fait de la conception et non celui de la naissance ; car, suivant la remarque de Portalis, la proposition étant que l'enfant conçu pendant le mariage est légitime, « la proposition contraire devrait être que l'enfant conçu avant le mariage n'est pas légitime[2] ». Ce n'est pas cependant la solution à laquelle on s'est arrêté. L'économie de la loi est celle-ci : l'enfant simplement né dans

l'enfant. *Sic.* : Aubry et Rau, édit. Zachariæ, t. III, § 546; Marcadé sur l'art. 228, t. I.

1. Locré, *Lég. civ.*, t. VI, p. 45.

le mariage est légitime et il reste légitime, si le mari ne le désavoue pas. La loi présume que, selon toute probabilité, la grossesse est l'œuvre du mari, qu'elle est la cause même du mariage. Mais cette présomption n'a pas la même force que la présomption de paternité, qui s'attache à la conception dans le mariage. L'enfant conçu dans le mariage est, en principe, irrévocablement l'enfant du mari et il ne peut être désavoué que dans certains cas limitativement déterminés ; il résulte, au contraire, de l'article 314, que l'enfant, dont la conception se place hors mariage, n'est que provisoirement légitime, qu'il appartient toujours au mari de le désavouer et que son désaveu sera péremptoire. Il lui suffira d'établir que la naissance a eu lieu moins de cent quatre-vingts jours depuis la célébration du mariage, sans que l'enfant soit admis à prouver que la gestation a duré moins de cent quatre-vingts jours. En somme, la loi a fait le mari seul juge de son honneur et de la dignité de son nom ; s'il se tait, elle interprète son silence comme un aveu tacite de paternité ; mais, s'il élève la voix, prétendant que la mère n'est pas enceinte de ses œuvres, elle ajoute pleine foi à ses allégations et retire à l'enfant la présomption de légitimité, qu'elle lui avait accordé provisoirement .

1. L'action en désaveu pour cause de naissance précoce ne peut être efficacement combattue que par une des fins de non-recevoir de l'article 314, qui porte : « L'enfant né avant le cent quatre-vingtième

A défaut d'un désaveu formel du mari, l'enfant entre donc dans la famille légitime. La rubrique du chapitre : de la filiation *des enfants légitimes ou nés dans le mariage*, la place qu'occupe l'article 314, et surtout l'expression de *désavouer* qu'il contient, tout concourt à faire penser que telle est bien l'économie vraie de la loi. Mais, comment peut-il en être ainsi puisque, d'une part, la durée de la grossesse dont l'enfant est le fruit prouve sa conception hors du mariage, et que d'autre part, l'article 312 prend pour critérium de la légitimité le fait de la conception dans le mariage? Le plus grand nombre des auteurs considère que cet enfant est légitimé par mariage subséquent ; d'autres pensent, au contraire, qu'il est véritablement légitime. On arrive, suivant la solution que l'on adopte, à des conséquences différentes et, de part et d'autre, fort graves.

On sait, en effet, que le législateur, tout favorable qu'il soit à la légitimité, en exclut formellement les enfants adultérins et les enfants incestueux. Cette règle, qui se trouve écrite dans l'article 331, doit nécessairement être appliquée à l'enfant né moins de cent qua-

jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable ». Nous aurons à rechercher ultérieurement ce qu'il faut entendre par l'expression « enfant viable ».

tre-vingts jours depuis le mariage, si on le considère comme légitimé. D'où il résulte :

Que cet enfant sera inévitablement rejeté hors de la famille légitime, si sa conception se trouve entachée d'adultère ou d'inceste. Cette hypothèse se réaliserait : dans le cas où la conception se placerait à une époque où le mari, qui accepterait la paternité de l'enfant, se trouvait engagé dans les liens d'une union précédente ; et encore, dans le cas où l'enfant aurait été conçu, antérieurement au mariage, du commerce de deux personnes, qui n'ont pu se marier régulièrement ensemble qu'en vertu d'une dispense. Supposons tout d'abord un enfant conçu des relations entre un homme marié et une femme libre. Antérieurement à la naissance de cet enfant, le mariage de son père est dissous. Celui-ci épouse sa complice. La légitimation ne pourra s'opérer et cela, en vertu de l'article 331, qui prohibe la légitimation des enfants adultérins. Supposons maintenant qu'un commerce incestueux a existé entre deux personnes, parentes à un degré prohibé, mais pour lequel on peut obtenir des dispenses, par exemple, contre un oncle et une nièce. Il naît de ces relations incestueuses un enfant, dont la conception se place antérieurement au mariage, célébré depuis lors au moyen d'une dispense, et dont la naissance a eu lieu pendant le mariage. Cet enfant ne pourra être légitimé. Aussi rigoureuse que puisse paraître cette solution, elle s'impose en présence de l'ar-

ticle 331, qui prohibe formellement la légitimation des enfants incestueux [1].

Voilà les principaux intérêts de la question. Comment doit-on la résoudre? Ceux qui font intervenir ici la fiction de la légitimation raisonnent de la façon suivante : si l'article 314 accorde provisoirement les avantages de la légitimité à l'enfant conçu hors mariage, mais né dans le mariage, c'est par une fiction absolument semblable à celle prévue et réglée par l'article 331 du Code civil. Dans les deux cas, il y a légitimation, et non légitimité proprement dite, avec cette différence, à laquelle on n'attache d'ailleurs aucune importance, que dans l'hypothèse de l'article 331 l'enfant se trouve légitimé par le mariage de ses père et mère, subséquent à sa naissance, tandis que dans l'hypothèse de l'article 314 la légitimation est subséquente à sa conception.

Mais, à notre avis, c'est précisément cette différence de situation, qui impose une différence dans la solution à donner à ces deux cas. En effet, l'article 331 applique

1. On sait que cette solution, généralement admise par les auteurs' est repoussée par la jurisprudence constante des arrêts. La jurisprudence invoque, comme principal argument, la force des dispenses obtenues pour la célébration du mariage. Nous croyons que ces dispenses ne sauraient avoir d'effet que pour l'avenir. Elles ne permettent pas de réputer légitimes *ex post facto* un enfant qui doit le jour à un commerce incestueux. *Sic.* : Merlin, *Rép.*; Valette, *Rev. de lég.*, t. VIII, p. 37; Demolombe, t. V, nº 352 et s.; Aubry et Rau, § 546, note 15; Laurent, t. IV, nº 175 et suiv. La jurisprudence est contraire; voy. notam. Ar. Cour de Rennes du 17 juin 1879, Sir., 80, 2, 43.

la légitimation à l'enfant né hors mariage; il ne l'applique pas à l'enfant né dans le mariage. Comment d'ailleurs la disposition de cet article serait-elle ici applicable? On sait qu'il considère la reconnaissance anticipée de l'enfant, comme le préliminaire obligé de la légitimation. Or, de deux choses l'une; si l'on n'applique pas cette condition rigoureuse, la disposition de l'article 331 reste lettre morte; et si on l'applique, que devient l'article 314, qui décide qu'à défaut de désaveu, l'enfant est de plein droit légitime, sans restriction d'aucune sorte

Ce n'est donc pas au moyen de la légitimation que l'enfant conçu hors mariage arrive à la légitimité. S'il est légitime, c'est par une fiction toute spéciale, qui a pour effet de reporter le moment de sa conception au jour de la célébration du mariage[1]. La loi ferme les yeux sur son passé; elle ne tient compte que du présent, pour attacher à la naissance de l'enfant dans le mariage une présomption de légitimité, que le désaveu du mari aura seul la puissance d'anéantir[2].

1. On voit par là que nous considérons la légitimité native, dont nous accordons le bénéfice à l'enfant présumé conçu avant la célébration du mariage, comme étant le résultat d'une fiction. C'est à un tout autre point de vue que se placent plusieurs des partisans de la solution que nous avons admise; d'après eux, le législateur aurait pris pour critérium de la légitimité le fait de la naissance dans le mariage. Cette manière de voir ne nous paraît pas acceptable. Voyez cependant Demolombe, t. V, n° 60 et Arr. du 19 juil. 1875, Sir. 76, 2, 161.

2. Rapprocher les paroles suivantes du Premier Consul : « Dès

Et cette manière de voir est conforme à la règle du droit romain : *nasciturus pro nato habetur*. C'est seulement, lorsque son intérêt le demande, que l'on répute déjà né l'enfant simplement conçu. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ici la fiction, puisque son application aurait pour résultat de le faire déclarer illégitime.

On voit par là que la théorie, défendue par nous, peut invoquer en sa faveur des arguments de texte et de raison d'une très grande force. On pourrait dès lors s'étonner qu'elle ne soit pas admise par la jurisprudence et par un grand nombre d'auteurs. La raison en est qu'elle aboutit dans un cas à une conséquence, qui peut paraître particulièrement choquante. Elle arrive à reconnaître comme légitime l'enfant, dont la conception se place à une époque où le père, qui accepte la paternité, se trouvait engagé dans les liens d'une union précédente. C'est là, sans nul doute, un résultat immoral ; mais, cela ne suffit pas pour le rejeter. Dirait-on, par exemple, qu'il faut exclure la présomption *pater is est* de nos lois, parce qu'elle peut conduire à des résultats non moins immoraux? Supposons un enfant, conçu dans le mariage de l'adultère de la mère ; le mari est absent depuis plusieurs années ; il revient et trouve sa femme enceinte. L'adulternité de l'enfant est évidente. Et cependant, si le mari

qu'il y a possibilité que l'enfant soit du mari, le législateur doit se mettre la main sur les yeux. L'enfant doit être regardé comme un tiers intéressé. » Mémoires de Thibaudeau sur le Consulat, p. 449.

garde le silence, cet enfant sera légitime et il n'appartiendra à personne de lui contester cette qualité. Pourquoi le législateur a-t-il consacré de pareils résultats? C'est qu'il tenait surtout à assurer la paix des familles, qui aurait sans cesse été troublée, s'il avait permis au premier venu de venir, sur le fondement d'un intérêt pécuniaire, attaquer l'état d'un enfant né dans le mariage.

2° *De l'enfant présumé conçu après la dissolution du mariage.* — Nous avons vu que, dans le système du Code, trois cents jours constituent la durée de la plus longue gestation. En conséquence, l'enfant qui naît après trois cents jours depuis la dissolution du mariage est légalement présumé conçu après le mariage; il semble donc que sa naissance tardive aurait dû avoir pour effet de le rejeter, *ipso jure*, hors de la famille légitime. Ce système proposé par le Tribunat, ne fut pas admis par le Conseil d'Etat [1]. On pensa au Conseil qu'il n'y avait pas de raison de déclarer de plein droit illégitime l'enfant, dont personne n'était intéressé à contester la légitimité, qu'il était donc plus équitable de le laisser en possession de la qualité d'enfant légitime. La rédaction définitive de l'art. 315 est intervenue en ce sens : « la légitimité de l'enfant, né trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée ». Cet article ne dit pas que l'enfant né tardivement est illégitime;

1. Locré, *Lég. civ.*, t. VI, p. 172 et p. 298.

il le suppose, au contraire, légitime, puisqu'il autorise contre lui une action en *contestation* d'état. Si nulle contestation ne s'élève, l'enfant restera donc en possession de sa légitimité ; mais, au cas de contestation, il suffira d'établir que sa naissance se place plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, pour que, lié par les principes de l'article 312, le juge soit contraint de le déclarer illégitime. C'est bien à tort que l'on a argué des mots « pourra être contestée » de l'article 315, pour soutenir qu'il conserve un libre pouvoir d'appréciation[1]. Le mot « *pourra* » n'indique pas la faculté pour lui d'admettre ou de rejeter la contestation de légitimité, mais bien celle pour les intéressés d'intenter ou de ne pas intenter l'action. Dirait-on que, dans l'article 312, al. 2., le mot « *pourra* » réserve au juge le pouvoir d'apprécier si en fait, la gestation a duré moins de cent quatre-vingts jours ou plus de trois cents jours ? Et de même, le mot « contestée » ne préjuge pas le résultat du procès ; c'est comme s'il y avait : « pourra être déniée ».

De tout ce qui précède, on peut voir que le système du Code, dans son ensemble, est en parfaite harmonie avec le principe de l'article 312. S'il fait brèche au prin-

1. *Sic* : Merlin, *Rép.* v° légitimité, sect. 2, § 3, n° 5 ; Favard, *Rép.*, v° paternité, n° 6. Cour de Limoges, 18 juin 1840, Sir., 40, 2, 509. *Contra* : Aubry et Rau, t. VI, § 545, note 39 ; Demolombe, t. V, n°s 85 et 86.

cipe dans deux cas, en accordant la légitimité à des enfants présumés légalement conçus, soit avant la célébration du mariage, soit après sa dissolution, ces dérogations sont plus apparentes que réelles, puisqu'elles se trouvent subordonnées en quelque sorte à l'agrément des intéressés. Si le mari désavoue l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours depuis la célébration du mariage, si au cas de naissance tardive l'état de l'enfant est contesté, le juge se trouve lié par l'article 312, et il ne lui appartient pas d'autoriser la preuve, qu'en fait la grossesse a duré moins de cent quatre-vingts jours ou plus de trois cents jours.

§ 2. — Filiation naturelle.

I. C'est l'époque de la conception que l'on doit considérer pour déterminer la qualité de l'enfant naturel, comme pour régler celle de l'enfant d'une femme mariée[1]. Les paroles du tribun Duveyrier, que l'on cite à l'appui de l'opinion contraire, ne sauraient prévaloir contre les termes de l'article 331 ainsi conçu : « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un *commerce* incestueux ou adultérin, pourront être légitimés... » La loi apprécie le caractère de la filiation d'un enfant d'après le *commerce* auquel il doit le jour ; elle se place donc au moment de la conception.

1. *Sic* : Aubry et Rau, § 546, p. 69 ; Demolombe, t. V, nº 356 ; Laurent, t. IV, nº 4 ; Merlin, *Rep.*, vº légitimation, sect. 2, § 2, nº 7.

Il suit de là :

1° Que l'existence, au moment de la conception, d'un premier mariage dans lequel se trouvaient engagés le père ou la mère de l'enfant, s'oppose à la légitimation, bien qu'ils se trouvent libres de s'unir au moment de la naissance. Cette solution avait été contredite dans notre ancien droit, sur le fondement de la maxime romaine qu'on ne doit pas regarder comme existant un enfant qui n'est encore que conçu, si ce n'est lorsque son intérêt le demande. L'opinion contraire avait cependant prévalu. Nous n'insistons pas sur cette controverse, qui n'a pour nous qu'un intérêt purement rétrospectif, les termes de l'article 331 ne laissant place à aucune équivoque.

2° Que l'existence, au moment de la naissance, d'un mariage dans lequel se trouve engagé le père ou la mère de l'enfant, ne fait pas obstacle à la légitimation, qui aurait lieu postérieurement à la dissolution de ce premier mariage, si le père et la mère de l'enfant étaient libres au moment de la conception. Dans notre ancien droit, la solution contraire avait eu plusieurs partisans. La légitimation, disaient-ils, étant une fiction qui fait remonter le mariage au temps de la conception, elle ne saurait s'appliquer, s'il se place un mariage intermédiaire, entre l'époque de la conception de l'enfant et le mariage, d'où résulterait sa légitimation. L'opinion contraire avait cependant prévalu, par la raison, dit Pothier, « que la

fiction de la rétrogradation (du mariage ou commerce illicite) n'est pas absolument nécessaire pour la légitimation [1] ». Cette fiction n'apparaît pas, en effet, comme un caractère essentiel de l'institution qui nous occupe : elle intervient seulement comme un moyen facile d'expliquer, ou si l'on veut, de justifier son résultat, qui est de conférer tous les avantages de la légitimité à des enfants qui sont illégitimes par leur naissance. Il importe donc peu que la fiction puisse ou non rétroagir du mariage au commerce illicite, si d'ailleurs ce commerce n'est pas incestueux ou adultérin. Cette solution n'est pas contestée de nos jours.

II. C'est, disons-nous, au moment de la conception, et non à celui de la naissance, qu'il faut se reporter pour apprécier le caractère de la filiation naturelle. Doit-on appliquer les présomptions des articles 312 et et 314 qui, en fixant les limites extrêmes de la grossesse, permettent de déterminer l'époque probable de la conception ?

La solution affirmative est généralement admise [2]. Quel est, dit-on, le fondement de la règle, qui établit la durée probable des grossesses ? C'est, évidemment, que l'expérience a démontré la possibilité d'une gestation

1. Pothier, édit. Bugnet, t. VIII, p. 25, quest. 4 ; Merlin, v° légitimat., *ubi supra*.

2. *Sic* : Duranton, t. III, n° 194 ; Demolombe, t. V, n° 351 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 69, note 18 ; Merlin, *Rep.* v° légitimation, *ubi supra*.

minima de cent quatre-vingts jours, et d'une gestation *maxima* de trois cents jours, or, si ces présomptions sont fondées sur des faits reconnus possibles, qu'il s'agisse de la filiation naturelle ou de la filiation légitime, il y a même raison de les appliquer.

Mais, ce raisonnement se heurte à une objection, dont il nous semble impossible de ne pas tenir compte ; les présomptions sont de droit strict, et comme telles doivent être rigoureusement restreintes aux cas pour lesquels elles ont été créées. Il ne dépend donc pas de l'interprète que les présomptions, inscrites dans le chapitre relatif à la filiation légitime, reçoivent application à la filiation naturelle ; c'est au législateur seulement qu'il appartiendrait de faire cette extension. Ajoutons qu'il n'y a pas, ainsi qu'on le dit, même raison de les appliquer dans les deux cas. L'esprit de la loi, dans la détermination de la durée des grossesses, est de favoriser la filiation légitime ; en dehors de ce cas favorable, la raison d'être des présomptions n'est pas la même, la loi voyant avec défiance la filiation naturelle. Si les présomptions ne sont pas applicables, c'est à celui qui prétend, que la conception se place dans tel ou tel temps, à prouver le fait qu'il allègue, conformément au droit commun. Supposons que le père soit veuf ; si un enfant naît d'une concubine le cent quatre-vingt et unième jour après la dissolution du mariage par le décès de la femme légitime, il ne sera pas présumé conçu depuis la dissolu-

tion de ce mariage. C'est pourtant ce qui aurait lieu, si l'on étendait à notre matière les présomptions des articles 312 et suivants ; car, ainsi que nous l'avons dit, elles autorisent l'enfant, suivant son intérêt, et sans qu'il ait de ce chef aucune preuve à faire, à placer l'époque de sa conception à un moment quelconque de la période légale de gestation, comprise entre le trois centième et le cent quatre-vingt et unième jour avant sa naissance. Mais, pour nous, qui écartons l'application des présomptions, le résultat est tout autre ; l'enfant ne saurait prétendre qu'il est, dans l'espèce, légalement présumé conçu hors du mariage, et si le père voulait le reconnaître, les intéressés seraient admis à faire la preuve que sa conception est adultérine, que partant il ne peut être reconnu [1]. Les tribunaux auraient sur ce point un pouvoir d'appréciation souverain [2].

1. *Sic* : Laurent, t. IV, n° 4 et Dijon, 20 août 1818, Sir. 19, 2, 153.

2. Nous ne pensons pas qu'il appartienne aux adversaires de l'enfant de rétorquer contre lui la présomption de l'article 315, en soutenant qu'il doit être légalement présumé conçu dans le mariage légitime, puisque sa naissance se place moins de trois cents jours après la dissolution de ce mariage. On ne saurait invoquer contre un enfant des dispositions établies en sa faveur. La solution contraire aboutirait d'ailleurs à une conséquence inadmissible ; car elle conduirait à déclarer que l'action en désaveu intentée par les héritiers du mari contre un enfant, né plus de cent quatre-vingts jours et moins de trois cents jours depuis la dissolution du mariage, aurait pour effet, si elle était admise, de le faire déclarer adultérin et non simplement naturel.

DEUXIÈME PARTIE

Dans cette deuxième partie de notre travail, nous rechercherons l'influence de la conception : 1° sur la capacité de succéder *ab intestat ;* 2° sur la capacité de recevoir par acte entre vifs ou par testament.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION SUR LA CAPACITÉ DE SUCCÉDER AB INTESTAT

L'article 725 du Code civil porte : « pour succéder, il faut nécessairement exister au moment de l'ouverture de la succession. Ainsi, sont incapables de succéder : 1° celui qui n'est pas encore conçu ; 2° l'enfant qui n'est pas né viable. »

On a écrit que cet article met positivement l'en-

fant conçu au nombre des personnes qui existent [1].

Cette proposition est sans aucun fondement. Elle est contraire à l'évidence même des faits ; car, l'enfant dans le sein de la mère n'a pas une existence indépendante ni par conséquent, ainsi que nous l'avons dit, une personnalité juridique distincte. Elle est contredite par les propres termes de l'article 725, que l'on invoque à son appui. Si l'enfant conçu peut succéder, c'est, aux termes de cet article, à la condition qu'il naisse vivant et viable. D'où il suit logiquement qu'il n'a pas une capacité pleine et entière, dont l'effet serait de fixer irrévocablement sur sa tête les droits qui s'ouvriraient en sa faveur, dans l'intervalle de la conception à la naissance. L'enfant est-il né vivant et viable ? qu'importe, s'il est déjà juridiquement capable ? Il a pu acquérir dès avant sa naissance, et les biens ainsi acquis vont passer à ses plus proches héritiers, encore qu'il ne soit pas né vivant et viable. Tel n'est pas le système du Code. Le *nasciturus* a simplement une capacité éventuelle, subordonnée, quant à ses effets définitifs, à sa naissance en vie et avec viabilité. S'il peut, dès à présent, être question pour lui de droits et d'obligations, ce n'est que fictivement, et en le considérant comme déjà né, conformément à la maxime romaine : *infans conceptus*

1. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, no 410. Comp. Laurent, t. VIII, no 536 ; Demolombe, t. XIII, no 174 ; Durantin, t. VI, no 70.

pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur [1].

L'article 725 subordonne la vocation héréditaire de cet enfant aux trois conditions suivantes : il faut, 1° qu'il soit conçu au moment de l'ouverture de la succession ; 2° qu'il naisse vivant ; 3° qu'il naisse viable. Nous allons examiner chacune d'elles dans un paragraphe particulier.

§ 1er. — De l'enfant non conçu et de la preuve de la conception

I. *De l'enfant non conçu.* — L'enfant conçu au moment de l'ouverture de la succession peut succéder ; mais, du moins, faut-il qu'il soit conçu à cette époque. Cette règle est formellement consacrée par l'article 725, et elle trouve sa justification dans un principe d'ordre social, que nos anciennes coutumes avaient consacré dans l'adage bien connu : la mort saisit le vif, et son hoir le plus proche habile à lui succéder. Il importe, en effet, pour la bonne organisation d'une société, que

1. Les travaux préparatoires viennent confirmer l'interprétation que nous donnons de l'article 725. Le rapporteur du tribunal s'exprimait ainsi : « Il n'est pas nécessaire que l'enfant soit né, pour être habile à succéder; il suffit qu'il soit conçu, parce que l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt, suivant les lois Romaines. Cette présomption de naissance, pour déférer le droit d'hérédité, cesse d'avoir lieu si l'enfant ne naît pas et s'il ne naît pas viable » Locré, *Lég. civ.* t. V, p. 107.

la dévolution des biens ne reste pas en suspens [1].

D'où il résulte que le petit-fils, non encore conçu au décès de son aïeul, ne pourrait pas prétendre de son chef à la succession de celui-ci, lors même que, par la renonciation de son père, elle se trouverait dévolue à de simples collatéraux, ou même qu'elle n'aurait été appréhendée par personne et qu'elle serait vacante.

Mais, s'il faut être conçu au moment de l'ouverture de la succession, c'est là une condition suffisante, en principe du moins ; car il peut se présenter une hypothèse où il en serait autrement. Supposons un enfant conçu avant et né pendant le mariage ; cet enfant ne pourra prétendre à la succession de son frère utérin ou consanguin, né d'un premier lit, et mort antérieurement à la célébration du second mariage, alors que la mère était déjà en état de grossesse. Cette solution doit être admise, quelque soit d'ailleurs le parti que l'on prenne

1. Ce principe n'avait pas toujours été respecté dans notre ancien droit. Serres, dans ses *Institutions au droit Français*, rapporte et essaye de justifier un arrêt du Parlement de Toulouse, du 14 août 1725, par lequel il fut décidé « qu'une petite-fille pouvait recueillir et accepter de son chef la succession de son aïeul décédé plusieurs années avant sa conception. » Et l'illustre d'Aguesseau, tout en étant d'un avis contraire, pensait cependant qu'on pourrait « préférer au fisc le petit-fils non encore conçu au moment de l'ouverture de la succession, moins comme un véritable héritier, que comme étant de la famille, comme la faisant subsister et comme étant, par cette raison, plus favorable que le fisc. » Voy. Merlin, v° succession, sect. 1, § 2, art. 1 et 2.

sur la question de savoir si l'enfant, conçu hors mariage et né depuis le mariage, est légitime ou légitimé. Car, d'une part, si l'on applique ici la fiction de la légitimation, on se trouve en présence de l'article 333, qui accorde aux enfants légitimés par mariage subséquent les mêmes droits que s'ils étaient issus du mariage, et non des droits plus étendus. Et d'autre part, si l'on tient pour légitime et non pour légitimé l'enfant conçu avant et né pendant le mariage, cette solution s'impose avec la même force. Tout ce que l'on peut faire, en effet, de plus favorable pour lui, c'est de feindre qu'il est déjà né au moment du décès de son frère utérin ou consanguin ; mais si l'on applique cette fiction, si l'on reporte fictivement l'époque de sa naissance à cette date, il ne se trouvera pas moins exclu de la succession comme enfant naturel. Art. 765. Et il ne pourrait vraisemblablement émettre la prétention que sa légitimité remonte jusqu'à l'instant même de sa conception ; car, la légitimité, qui résulte du mariage, ne peut être censée avoir existé avant le mariage. L'effet ne saurait précéder la cause [1].

II. *Preuve de la conception.* — Comment devra être faite la preuve de la conception au moment de l'ouverture de la succession ?

Cette question soulève celle de savoir si les présomptions, établies par les articles 312 et suivants du Code

1. Ainsi jugé : ar. du 11 mars 1811, Sir., 1811, 1, 129.

civil, sont applicables à notre matière. En d'autres termes, faudra-t-il réputer conçu, à l'effet de succéder, l'enfant né moins de trois cents jours ou plus de cent quatre-vingts jours après le décès du *de cujus?*

On admet généralement cette proposition pour le cas où il est impossible de contester l'aptitude à succéder, sans s'attaquer en même temps à la légitimité [1]. Prenons un exemple: une femme veuve accouche deux cent quatre-vingt-dix-huit jours après le décès du mari. En pareil cas, on doit étendre au règlement de la succession les présomptions sur la durée des grossesses. En effet, la question de successibilité est ici liée à celle de légitimité. L'enfant est censé avoir été conçu avant la mort du mari, puisque sa naissance se place moins de trois cents jours après la mort de celui-ci ; dès lors, il a le titre et la qualité d'enfant légitime et, par cela même, il doit en avoir les avantages.

Si nous supposons, au contraire, que les deux questions de légitimité et de succession, tout en ayant un rapport intime, ne se commandent pas, faut-il encore appliquer les présomptions qui nous occupent? La question se pose, notamment, lorsqu'il s'agit pour un enfant de venir à une succession collatérale.

1. *Sic* : Demolombe, t. XIII, n° 183 ; Demante, t. III, n° 32 bis ; Aubry et Rau, t. VI, § 592, note 3; Mimerel, *Revue crit.* 1854. V. *Contra* : Laurent, t. VIII, n° 537 et s.

La plus grande incertitude règne sur ce point dans la doctrine. Chaque auteur a son système. A notre avis, il ne saurait être question d'étendre à ce cas les présomptions sur la durée légale des grossesses. Les présomptions de la loi sont de droit strict, et doivent, en conséquence, être rigoureusement limitées aux cas pour lesquels elles ont été établies. Or, en présumant que les grossesses peuvent avoir une durée maximum de trois cents jours, ou une durée minimum de cent quatre-vingts jours, le législateur avait en vue l'intérêt de la légitimité, et non le règlement des droits successoraux. Il faudra donc restreindre ces présomptions au cas de légitimité [1]. Il suit de là que l'enfant né dans le mariage, plus de six mois ou moins de dix mois après le décès de son frère, n'est pas présumé conçu au moment où la succession de celui-ci s'est ouverte. Car, sa légitimité n'étant pas en cause, il ne peut invoquer les présomptions. Reste alors la question de savoir comment il prouvera le moment de sa conception. Nous répondons : d'après le droit commun. Sans doute, la preuve sera souvent difficile à établir, et l'on peut regretter que le

1. Malgré cela, la jurisprudence se prononce pour l'application des présomptions (Dalloz, v° succession, n° 85). Dans ce sens, il a été jugé que l'enfant d'un premier lit, étant mort après le second mariage de son père et 292 jours avant la naissance d'un enfant du second lit, celui-ci doit être présumé conçu à l'effet de succéder à son frère. Grenoble, Ar. du 20 janvier 1853, Sir. 53, 2, 716; Poitiers, 24 juil. 1865, Sir., 65, 2, 271; *Sic*, Aubry et Rau, t. VI, § 592, p. 275.

législateur n'ait pas étendu les présomptions au règlement des droits pécuniaires de l'enfant; mais il n'appartient pas à l'interprète de combler cette lacune.

On a fait au système, que nous défendons, le reproche de manquer de conséquence, en ce sens, dit-on, qu'il adopte et rejette tour à tour les présomptions des articles 313 et suivants du Code civil. N'y a-t-il pas même raison de décider dans les deux cas? Évidemment non. En ligne directe, l'aptitude à succéder est ordinairement la conséquence immédiate et forcée de la qualité d'enfant légitime, tandis que s'il s'agit d'une succession collatérale, les deux questions ne sont pas entièrement dépendantes l'une de l'autre. Cette idée est exprimée avec une grande netteté de vues dans un article de M. Mimerel, paru à la *Revue critique* [1]. « L'exclusion de la succession d'un frère ou d'un oncle ne porte aucune atteinte à la légitimité, parce que l'enfant peut très bien avoir été conçu légitimement après la mort de ce frère ou de cet oncle, tandis qu'il ne pourrait pas l'être après la mort de son père et l'ouverture de la succession. »

On objecte encore qu'il peut se présenter telle hypothèse, où notre opinion aboutira à une étrange contradiction. Ainsi : Primus meurt le premier janvier et son frère Secundus, le lendemain ; la veuve de Primus accouche deux cent quatre-vingt-dix-huit jours après le

1. *Rev. crit.* 1851, v. p. 515.

1er janvier. Est-il admissible, dit-on, que l'enfant soit présumé conçu à l'effet de succéder à son prétendu père, mort le 1er janvier, et ne soit pas présumé conçu à l'effet d'acquérir la succession de son oncle, mort seulement un jour plus tard? En fait, il y aura une contradiction fâcheuse; c'est de toute évidence. Mais, cette contradiction est le résultat de la mise en œuvre d'un principe certain, qu'il n'appartient pas à l'interprète de répudier, du principe que toute présomption est de droit strict. « En toute matière, dit M. Mimerel, que nous citions à l'instant, de pareilles contradictions existent; elles peuvent naître chaque jour de la mise en œuvre du principe que la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties contractantes, et ce n'a pas été une raison pour le législateur de se départir de ce principe, d'ailleurs si sage et si fécond en bienfaits, ni pour le juge d'oublier le respect qui lui est dû. »

Concluons donc que dans tous les cas où il s'agira uniquement d'une question de succession, le juge reprendra sa complète liberté d'action. Il devra décider d'après les circonstances de fait et les données de la science médicale. Son appréciation sera souveraine [1].

1. *Sic* : M. Bufnoir, à son cours. Nous ne saurions admettre, malgré l'autorité de ses défenseurs, l'opinion qui enseigne qu'en pareil cas les présomptions de la loi sur la durée des grossesses doivent être assimilées à des présomptions *juris tantum*, admettant la preuve contraire. *Sic* : Demolombe, t. XIII, n° 185; Demante, t. III, nos 32 et suiv.

§ 2. — De l'enfant mort-né et de la preuve de la naissance en vie.

I. *De l'enfant mort-né.* — Les éléments constitutifs de la naissance, comme condition de la capacité juridique, peuvent se ramener aux deux propositions suivantes : il faut, 1° que l'enfant naisse, 2° qu'il naisse vivant.

1° Il faut que l'enfant naisse, c'est-à-dire qu'il soit séparé de sa mère et qu'il ait existé hors de la matrice [1]. Les moyens employés, pour arriver à cette séparation sont indifférents. On ne doit pas distinguer la naissance naturelle de celle obtenue par une opération chirurgicale [2].

2° Il faut que l'enfant naisse vivant. Si donc, l'enfant est mort avant sa naissance, il n'aura jamais eu la capacité du droit : *qui mortui nascuntur, neque nati neque*

1. La cour de Cologne a consacré cette manière de voir dans un arrêt du 14 mars 1853, D. 55, 2, 338. Comp., Demolombe, t. XIII, n° 176, et Dalloz, *Rep.*, v° succession, n° 94.

2 Il paraît que, dans notre ancien droit, il s'était élevé des doutes sur le point de savoir si l'enfant, né après le décès de sa mère par le procédé de l'opération césarienne, pouvait être considéré comme né vivant : « Il y en avait encore quelques-uns, dit Ricard, qui avaient insinué un scrupule dans les esprits ; ils ne pouvaient comprendre que d'une femme morte il pût sortir un enfant vivant ; et en conséquence, ils rejetaient les accouchements faits avec l'incision césarienne. » Ricard, *Disp. Cond.*, t. II, ch. V, sect 5, n° 502 ; Lebrun, *Tr. des successions*, liv. I, ch. IV, sect. 1, n° 16.

procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt[1]. Et Domat, paraphrasant cette loi célèbre du Digeste, disait : « Les enfants morts-nés, quoiqu'ils fussent vivants dans le sein de leur mère, ne peuvent succéder ; car, on n'a jamais pu les compter au nombre des personnes capables d'acquérir des biens, puisqu'on peut dire que jamais ils n'ont été au monde[2] ». C'est, en effet, dans l'espoir de la naissance en vie du *nasciturus*, qu'on le considère comme capable de succéder, et qu'à cet effet on le répute né dès l'instant de sa conception ; si cet espoir est trompé, s'il ne naît pas vivant, la fiction admise en sa faveur manque dans ses motifs et dans son objet. Les biens, qu'on lui avait provisoirement réservés, passent donc à ceux qui y auraient eu droit à son défaut.

Mais, si la vocation héréditaire de l'enfant conçu est subordonnée à sa naissance en vie, du moins est-ce là une condition suffisante. Du moment où il a eu vie, réserve faite de la question de viabilité, peu importe qu'il soit mort immédiatement après, par maladie ou par accident[3].

II. *De la preuve de la naissance en vie.*

1° A quelles signes peut-on reconnaître que l'enfant

1. L. 129, D. (50, 16).

2. Domat, *Lois civ.*, partie II, liv. I, tit. 1, sect. 2.

3. C'était la solution de la loi Romaine. On lit au Code que l'enfant succède dès l'instant où il a eu vie : *licet illico in terram eccidit, vel in manibus obstetricio decessit*. L. 2, Code (6, 29.)

est né vivant.? La preuve de la vie extra-utérine résulte de la respiration. C'est par la respiration complète que la circulation du sang s'établit dans le poumon, que l'enfant vit de sa vie propre par le fonctionnement régulier de ses organes, que devant la loi il vit civilement.

On peut aussi regarder comme non douteuse la vie de l'enfant, lorsqu'on l'a entendu crier [1]. Toutefois, une remarque est ici indispensable. Le cri est le résultat du double phénomène de l'inspiration et de l'expiration, qui constitue la respiration complète. L'enfant a crié, donc il a respiré. Voilà pourquoi on peut considérer, comme un signe certain, le cri de l'enfant qui sort ou qui vient de sortir du sein de sa mère. Mais encore, faut-il se garder d'une confusion facile. Il peut arriver que, par l'effet de respirations incomplètes, l'enfant ait poussé de faibles soupirs, sans que pour cela il ait vécu [2].

1. A Rome, une école de jurisconsultes allait plus loin ; elle regardait comme une condition essentielle que l'enfant eût crié. Mais Justinien condamna formellement cette opinion. L. 3, Code (6, 29). — La preuve de la vie par les cris de l'enfant s'était conservée dans notre ancien droit ; nous la trouvons mentionnée dans les Etablissements de Saint-Louis, liv. I, ch. II : « Gentishom tient sa vie tout ce que l'on li dônne à porte de moustiers en mariage après la mort de sa feme, tout n'ait-il hoir ; pour (pourvuque) qu'il en ait eu hoir qui ait crié et bret. » Voy. aussi : Louët, *Rec. d'Ar. notab.*, t. I, p. 660 ; Ricard, *des Disp. cond.*, t. II, ch. v, sect. 5, nº 502.

2. Voy. : Briand et Chaudé, *Méd. lég.*, t. I, p. 297 ; Merlin. *Quest. de dr.*, vº vie.

Il faut aussi se garder de prendre, pour critérium de la vie extra-utérine, toute espèce de mouvements qui peuvent se produire chez l'enfant nouveau-né. Les pulsations, les convulsions des membres peuvent n'être que les derniers actes de la vie fœtale qui s'éteint. En cas de doute, le juge appréciera les faits allégués, en s'aidant des lumières de gens compétents.

2° Par qui devra être faite la preuve que l'enfant est né vivant? Cette preuve sera à la charge de ceux dont l'intérêt est que l'enfant ait vécu. Ce sera donc à ceux qui réclament une succession, du chef d'un enfant décédé, à établir que celui-ci réunissait les conditions requises par la loi, pour être apte à succéder et à transmettre, conformément à la maxime de droit : *actori incumbit probatio*[1].

Régulièrement, la preuve de la naissance en vie sera facile à fournir. Il suffira de représenter l'acte de naissance, qui doit constater que le nouveau-né a été présenté vivant à l'officier de l'état civil. Mais, si l'enfant était déjà mort au moment de la présentation, des difficultés de preuve peuvent s'élever ; car le procès-verbal de présentation, que l'officier de l'état civil a dû dresser en pareil cas, ne préjuge en rien la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non[2]. Il faudra s'en rapporter au

1. *Sic* : Aubry et Rau, t. VI, § 592 p. 277 ; voy. Merlin, v° vie.

2. Ce procès-verbal doit être inscrit sur le registre des décès (D. du 3 juillet 1806.)

témoignage des accoucheurs, et autres personnes présentes à l'accouchement[1].

§ 3. — De l'enfant non viable et de la preuve de la viabilité.

Ce n'est pas seulement en matière de succession, que la viabilité est considérée comme une condition essentielle de la capacité du droit. Aux termes de l'article 906, l'enfant non viable ne peut pas recevoir par donation entre vifs ou par testament. Et de même l'article 314 décide que le mari perd la faculté de désavouer l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage, si cet enfant n'est pas déclaré viable. C'est donc là un principe général de notre code.

Nous aurons à rechercher si ce principe est fondé ; ce point sera l'objet d'un appendice à ce paragraphe. Mais, il importe tout d'abord de préciser le sens juridique du mot viable, et d'examiner la question de preuve.

I. *De l'enfant non viable.* — Pothier exigeait deux conditions pour que le posthume pût être réputé avoir succédé — qu'il fut né vivant — qu'il fut né à terme. « Un avorton, dit-il, quand même il aurait quelques instants de vie, n'est pas censé né, ni avoir été capable de succéder[2] ».

1. Ainsi jugé : ar. 1872, Sir. 72, 2, 189.

2. Pothier, édit. Bugnet, t. VIII, ch. I, sect. 2, art. 1 ; voy. aussi Nouveau Denizart, v° grossesse, § 3, n° 2.

Ainsi donc, pour Pothier, comme d'ailleurs pour la presque unanimité de nos anciens auteurs, la question de la viabilité était liée avec celle de savoir si l'enfant était venu ou non à terme. L'enfant non viable était celui que sa naissance prématurée rendait incapable de prolonger la vie, qu'il venait d'acquérir.

Est-ce dans ce même sens que les rédacteurs du code ont pris le mot viable ?

On a soutenu, qu'il ne saurait plus être question aujourd'hui de la distinction traditionnelle entre l'enfant né à terme et celui né avant terme. La viabilité désignerait, d'une façon générale, l'aptitude à vivre de la vie extra-utérine. « Tel est, dit M. Demolombe, l'acceptation du mot dans la langue médicale, à laquelle les légistes l'ont emprunté [1] ». Il suit de là que le médecin expert, appelé à constater si un enfant est né viable, ne devrait pas seulement se préoccuper de savoir si, par son degré de développement et par sa conformation, cet enfant présentait les apparences d'un enfant né à terme ; sa mission serait aussi de rechercher, si des causes pathologiques ne s'opposaient pas à la prolongation de son existence au delà d'une époque plus ou moins rapprochée de celle de la naissance [2].

1. Demolombe, t. XIII, v° 181.

2. MM. Legrand du Saulle et Berryer distinguent la non-viabilité par défaut de développement de la non-viabilité par causes pathologiques. Ces auteurs admettent avec nous « que les affections mortelles

Nous n'hésitons pas à repousser cette doctrine. Les rédacteurs du Code, en employant le mot viable, n'en ont pas déterminé l'acception ; il faut donc l'entendre dans le même sens que la jurisprudence ancienne. Or, ainsi que nous l'avons dit, on considérait comme étant viable l'enfant qui était né vivant, à terme [1].

Si l'on admet cette opinion, reste la question de savoir à quelle époque de la grossesse un enfant peut naître à terme. On avait proposé, au sein du Conseil d'État, lors de la discussion du titre de la Paternité et de la Filiation, de juger de cette question par le temps que l'enfant survi-

dont le nouveau-né est porteur, ne doivent pas être prises en considération au point de vue de la viabilité, en matière civile ». Parmi les causes pathologiques, qui sont de nature à déterminer la mort du nouveau-né à une époque plus ou moins rapprochée de celle de sa naissance, ils signalent : l'état œdémateux ou tuberculeux des poumons, les épanchements séreux des plèvres et du péricarde, l'inflammation du cœur, de ses enveloppes, etc. Il importe de ne pas confondre ces affections pathologiques, qui rendent impossible la prolongation de la vie de l'enfant, avec des altérations d'une toute autre nature, que les auteurs de médecine légale désignent sous le nom de « monstruosités », et qu'ils considèrent comme nécessairement incompatibles avec la vie elle-même ; telles sont l'acéphalie, l'astomie ou absence de bouche, l'aprosopie ou absence de face, l'oblitération de l'œsophage, de l'estomac, du cœur, etc. Voy. Legrand du Saulle et Berryer, *Tr. de méd. lég.*, p. 305 ; Briand et Chaudé, *méd. lég.*, t. II, p. 48.

1. Ainsi jugé : ar. du 8 février 1830, Sir. 30, 2, 164. Cet arrêt a décidé en notre sens qu'un enfant doit être réputé légalement viable, quand il est né vivant, à terme, lors même qu'il serait mort presque aussitôt après sa naissance et *dans un état apoplectique apparent*.

vrait à sa naissance, et de décider en conséquence que l'enfant qui vient au monde avant le cent quatre-vingtième jour du mariage et qui vit pendant dix jours doit être réputé viable, c'est-à-dire né à terme, et peut être désavoué. Mais, ce système parut dangereux au Tribunat : « il ne faut pas réduire la mère, disait le rapporteur, à la douloureuse alternative de désirer la mort de son enfant ou de craindre un désavœu à jamais flétrissant pour elle[1] ». Le système fut écarté. On convint alors de s'en rapporter au témoignage des médecins. C'est ce qui résulte de l'ensemble de la discussion, et plus spécialement d'un passage de l'exposé des motifs du titre de la Paternité, par Bigot-Préameneu, orateur du gouvernement[2].

Mais, le système ainsi admis n'implique nullement que les recherches des médecins ou chirurgiens, appelés à porter un diagnostic dans une question de viabilité,

1. Séance du 14 Brumaire an X, Locré. *Lég. civ.*, t. VI. La doctrine du Conseil d'Etat, qui consistait à juger de la viabilité par le temps que l'enfant survivait à sa naissance, n'était pas absolument nouvelle. Elle avait eu autrefois des défenseurs, et notamment Zacchias, que l'on peut considérer comme le père de la médecine légale. D'après le célèbre auteur des *quæstiones medico-légales*, il fallait que le nouveau-né ait vécu au moins vingt-quatre heures, pour être regardé comme viable. — *Quæst. med. lég.*, liv. IX, tit. II, *quæst.* 1 n° 23.

2. Séance du Corps Législatif du 20 ventôse an XI, Locré, *Lég, civ.*, t. VI, n° 11.

soient limitées par les présomptions légales, que le code a établies pour prouver la légitimité. En d'autres termes, il n'est pas vrai de dire, suivant nous, que s'il s'est écoulé plus de cent quatre-vingts jours depuis la conception d'un enfant, la loi le répute viable, de même qu'elle présume légitime l'enfant né plus de cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage. D'où il résulterait : « que la présomption de viabilité attachée à la naissance en vie ne peut être efficacement combattue, si ce n'est par la preuve que l'enfant est venu au monde avant le cent quatre-vingtième jour de la conception [1] ». Cette doctrine tend à établir une confusion entre la preuve de la légitimité et la preuve de la viabilité, alors que, à notre avis, il y a là deux questions entièrement distinctes. C'est d'après les présomptions de la loi que se prouve la légitimité. C'est d'après le témoignage des médecins, que s'établit la viabilité. Quel médecin oserait d'ailleurs prétendre que l'enfant, qu'on lui présente, est resté précisément cent quatre-vingts jours dans le sein de sa mère, et non cent quatre-vingt-deux ou cent quatre-vingt-trois jours ?

Nos conclusions sont les suivantes : 1° La viabilité civile n'est pas l'aptitude à vivre ; un enfant doit être réputé civilement viable, quand bien même l'expertise médicale viendrait à démontrer qu'il se

1. Aubry et Rau, t. I, § 53, note 4 ; Troplong, *Des donat. et test.*, t. II, n° 601.

trouvait atteint à sa naissance d'une affection nécessairement incompatible avec la continuation de la vie ; 2° La question de savoir si un enfant est né à terme ou avant terme ne peut être résolue que par un homme de l'art, et celui-ci doit puiser les éléments de son diagnostic, uniquement dans les considérations anatomiques et physiologiques, et non point dans les présomptions de la loi.

II. *Preuve de la viabilité.* — La preuve de la viabilité sera souvent très difficile à faire. Dans la majeure partie des cas, l'enfant aura été inhumé depuis déjà assez longtemps, et ce sera en vain qu'on consultera des médecins ou des chirurgiens, les moyens physiques d'éclairer la justice leur faisant absolument défaut. C'est sans doute cette difficulté de preuve, qui a conduit la doctrine et la jurisprudence[1] à poser en principe, que la viabilité se présume, et que dès lors c'est à celui qui allègue la non-viabilité, à en fournir la preuve. Nous ne saurions, pour notre part, nous rallier à cette opinion. L'article 725 du Code civil met la viabilité sur la même ligne que la vie, comme condition de l'aptitude à succéder. Or, si l'on admet que c'est à celui, qui réclame une succession du chef d'un enfant décédé, à prouver le fondement de sa demande, comment rejeter sur son

1. Demante, t. III, n° 29 ; Demolombe, t. XIII, n° 187 ; Aubry et Rau, § 592, note 7 ; Angers, 25 mai 1822, Sir. 23, 2, 105 ; Bordeaux, 18 février 1830, Sir., 30, 2, 163.

adversaire le fardeau de la preuve de la non-viabilité ? N'est-ce pas le même principe qui est en jeu dans les deux cas, le principe que la preuve est à la charge du demandeur ? C'est seulement à la condition d'être né vivant et viable, que l'enfant a pu recueillir et transmettre les biens, dont la dévolution est en litige. Ceux qui réclament des droits de son chef doivent donc fournir la preuve de sa vie et de sa viabilité [1].

1. *Sic*, Laurent, t. VIII, n° 548.

APPENDICE

DE LA VIABILITÉ, ENVISAGÉE COMME CONDITION DE LA CAPACITÉ DU DROIT

La doctrine de la viabilité, comme condition de la capacité du droit, admise par la presque unanimité de nos anciens auteurs[1], était vivement combattue par Domat[2]. L'auteur des lois civiles soutenait, à l'encontre de ses adversaires, que cette théorie ne pouvait invoquer en sa faveur ni les lois romaines, ni la jurisprudence unanime des arrêts, et en outre qu'elle n'avait aucun fondement rationnel.

Nous n'entendons pas suivre Domat dans la discussion des textes du droit Romain. Qu'il nous suffise de dire que Savigny lui a donné raison, en établissant que ces textes n'ont pas pour objet la capacité de l'enfant, mais le *jus liberorum* de la mère[3]. Nous ne rechercherons pas davantage, si un arrêt du 2 décembre 1594 et un

1. Voy. Denizart, *Décisions nouv.*, v° Grossesse, et les auteurs cités. Voy. aussi : Pocquet de Livonière, *Reg. du dr. fr.*, liv. III, ch. I, règ. 7; Lebrun, *Succes.*, liv. II, chap. IV, sect. 2; Pothier, *Succes.*, chap. I, sect. II, art. 2.

2. Domat, *Lois civ.*, partie II, liv. I, tit. 1.

3. Savigny, *Dr. rom.*, t. II, ap. 3. L'opinion de Savigny est aujourd'hui presque universellement reconnue.

autre du 17 avril 1635 ont bien jugé, qu'un enfant né avant terme était incapable de succéder ; ou bien au contraire, s'il a été décidé par un arrêt de la veille de la Purification, en l'an 1535, « qu'un enfant qui était venu au monde, au terme de cinq mois accomplis, par ouverture faite au ventre de la mère, et lequel avait été vu respirer et mouvoir, non par un mouvement de palpitation, mais physique et naturel, était réputé né et avoir eu vie[1] ».

Mais, nous nous proposons d'insister sur les principaux arguments de raison et d'équité, que Domat fait valoir en faveur de son opinion, parce qu'ils prouvent péremptoirement, à notre avis, que la doctrine adverse de la viabilité, comme condition de la capacité du droit, repose sur une fausse application des principes.

C'est assez, dit Domat, qu'un enfant soit né pour être compté au nombre des enfants. La capacité du droit commence, en effet, au moment de la naissance, comme elle finit à la mort. Qu'importe à ce point de vue la durée plus ou moins longue de l'existence ?

Sans doute, il ne saurait être question de l'utilité des biens de ce monde pour l'enfant, qui a eu vie dans les mains de la sage-femme, et qui est mort l'instant d'après. Mais, l'intérêt de l'enfant n'est pas seul en jeu ; il y a l'intérêt de ses parents, dont il faut tenir compte. Si, par exemple, une veuve accouche peu de temps après

1. Louët, *Rec. d'Ar. notab.*, p. 660, où se trouvent rapportés les diverts arrêts que nous avons cités.

la mort de son mari d'un enfant né vivant, et mort au bout de deux ou trois jours ; si elle vient prétendre ensuite que les biens du mari ont passé à l'enfant, et qu'ils doivent lui revenir comme héritière plus proche de ce même enfant, faudra-t-il donc repousser une prétention aussi équitable, et accorder la préférence à des parents éloignés, sous le seul prétexte que l'enfant est né avant terme et non viable ? Domat insiste sur cette considération d'équité : « La naissance de ce posthume, dit-il, et les soins et les peines qui l'ont précédée, ont coûté aux parents ce que peuvent leur coûter tous autres enfants, et leur ont été à même charge ».

Nous voyons bien que cet argument, poussé à ses extrêmes limites, conduirait à décider que la mère pourrait, dans notre exemple, succéder à son enfant mort-né ; car la naissance de cet enfant lui a été, suivant l'expression de Domat, à même charge que celle de tous autres enfants. La réponse est bien simple. L'enfant mort-né n'est pas une personne, et il n'a jamais été une personne, comme telle capable de recevoir une succession et de la transmettre. Mais, si la raison exige que l'enfant ait vécu pour avoir la capacité du droit, c'est là du moins une condition suffisante : « Exiger plus, dit M. Laurent avec sa précision habituelle, c'est une chose très arbitraire ; là où il y a vie, il y a un être humain, donc une personne, donc capacité juridique[1] ».

1. Laurent, t. VIII, nº 546.

CHAPITRE II

DE L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION SUR LA CAPACITÉ DE RECEVOIR ENTRE VIFS OU PAR TESTAMENT

L'article 906 du Code civil soumet la capacité pour l'enfant à naître de recevoir par acte entre vifs ou par testament aux trois mêmes conditions, auxquelles sa vocation héréditaire est subordonnée : 1° conception au moment de l'ouverture de la donation ; 2° naissance en vie ; 3° viabilité. L'analyse détaillée, que nous avons faite de ces trois conditions dans le précédent chapitre, va nous permettre de limiter cette partie de notre étude à un point unique ; à quel moment précis la conception de l'enfant est-elle requise, lorsqu'il s'agit pour lui de recevoir entre vifs ou par testament ?

Notre article résout cette question dans les termes suivants : « *Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament,* il suffit d'être conçu *à l'époque du décès du testateur.* » On aperçoit, à la

simple lecture de cet article, que la conception n'est pas exigée au même moment, suivant qu'il s'agit de la donation entre vifs ou de la donation testamentaire : « La raison de cette différence, dit M. Troplong, vient de ce que la donation emporte le désaisissement présent..., tandis que le testament n'a d'effet qu'à la mort de celui qui l'a fait, et que c'est à cette seule époque qu'il saisit l'institué [1]. »

Quoi qu'il en soit de cette différence, nous arrivons immédiatement à l'étude des deux règles, que l'article 906 formule dans les termes que nous savons.

I. *Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.* — Cette condition est nécessaire et suffisante : nécessaire, parce que la capacité du droit suppose bien évidemment l'existence ; on ne conçoit pas une libéralité qui s'adresse au néant : suffisante, parce que l'enfant conçu est censé né, quand il s'agit de son intérêt.

Et remarquons bien, que la donation ainsi faite transfère à l'enfant à naître un droit et non une simple espérance, droit éventuel, il est vrai, puisque son existence et ses effets se trouvent subordonnés à la naissance en vie et avec viabilité de celui *qui in utero est.* Mais, c'est bien un droit, en définitive. Cette remarque présente une certaine importance. Pour qu'une donation

1. Troplong, *Donat.*, t. II, n° 599.

ait plein effet vis-à-vis du donataire et des tiers, la loi exige certaines formalités. Eh bien, il ne sera pas nécessaire d'attendre l'époque de la naissance pour l'accomplissement de ces formalités. Dès à présent, et encore que l'enfant soit simplement conçu, la donation qui lui est faite peut être acceptée pour lui par certaines personnes ; elle peut être transcrite et notifiée par ces mêmes personnes. Ce sont là des mesures conservatoires, que l'éventualité de son droit rend nécessaires, mais que la simple espérance d'un droit n'autoriserait en aucune façon. Ainsi, le légataire a simplement une espérance ; cela ne suffit pas, pour qu'il puisse agir avant l'ouverture de son droit.

Pour que la donation puisse produire ses effets, il faut que l'enfant naisse vivant et viable. S'il naît dans ces conditions, il aura été propriétaire du jour de l'acceptation des biens dont elle se compose ; sinon, les biens donnés ne lui auront jamais appartenu, la donation sera sans effet. Il semble résulter de ce qui précède, que l'on peut caractériser le droit de l'enfant à naître, en disant que c'est un droit conditionnel. Cette façon de parler ne serait pas tout à fait exacte. La condition ordinaire, qui affecte une donation, n'empêche pas que, *pendente conditione*, le donataire n'ait un droit transmissible à ses héritiers. Ici, le droit est intransmissible, puisqu'il existe sous une condition inhérente à la personne du donataire.

Si donc, supposant une donation faite à un enfant à naître, et acceptée pour lui avant sa naissance, nous voulons déterminer les effets juridiques de cette donation, nous dirons : d'une part, que le droit de l'enfant donataire reste en suspens jusqu'au moment où il naîtra ; et d'autre part, que du jour de l'acceptation le donateur se trouve indissolublement lié, en ce sens du moins qu'il ne peut pas revenir sur ce qu'il a fait.

C'est, avons-nous dit précédemment, au moment de la donation que l'enfant doit être conçu, pour avoir la capacité de recevoir entre vifs. Que faut-il entendre par là ? S'agit-il du moment de l'offre ou du moment de l'acceptation de la donation ? Il va de soi que la donation ne saurait engager le donateur, qu'autant que le donataire est conçu au moment où elle intervient. Mais, cela suffit-il, et ne faut-il pas, en outre, que la conception remonte à l'époque où le donateur a manifesté sa volonté de donner?

La question ne se pose bien évidemment que si l'offre et l'acceptation ont eu lieu par actes séparés. Elle est discutée. Il semble, cependant, à s'en tenir aux principes, que sa solution ne saurait faire une difficulté sérieuse.

C'est en effet un principe certain du droit, que la capacité des parties contractantes s'apprécie dans le temps où le contrat reçoit sa perfection. Or, la donation est un contrat ; comme tout contrat, elle n'est par-

faite que par le concours de volonté des parties contractantes ; ce concours n'ayant lieu que par l'acceptation, il suffit donc que l'enfant donataire soit conçu au moment où l'acceptation intervient. Nul doute, il est vrai, que le donateur ne doive être capable à l'époque de la rédaction de l'acte, qui contient la déclaration de donation. La raison en est que cette déclaration le lie, éventuellement du moins, puisqu'une fois acceptée elle sera irrévocable, si l'enfant naît vivant et viable. Mais, on ne voit pas pourquoi l'on exigerait au même moment la capacité du donataire ; l'offre de donner ne lui conférant actuellement aucun droit, il semble indifférent qu'il soit, ou qu'il ne soit pas capable d'un droit qu'il n'a pas [1].

Contre cette opinion, on oppose l'article 906, qui exige que le donataire soit conçu au moment de la donation. Le mot « *donation* » serait pris ici dans le sens d'une simple pollicitation. Est-il besoin de répondre que telle n'est pas l'acception juridique de ce mot, que la déclaration de donner ne constitue pas à elle seule la donation, que la donation proprement dite se compose de l'offre et de l'acceptation? Il est vrai que, dans le langage ordinaire, le mot donation a bien le sens

1. *Sic :* Troplong, t. II, *Des donat.*, nº 616 et suiv. ; Demante, *Thémis*, VII, p. 376 ; Dalloz, *Rep.*, V. dispositions, nº 487. En sens contraire : Aubry et Rau, t. VII, § 649, p. 22 ; Demolombe, t. XIII, nº 579 ; Laurent, t. XI, nº 158.

qu'on lui donne; mais on doit supposer, selon toutes probabilités, que le législateur parle la langue juridique.

Une objection plus spécieuse consiste à dire qu'on ne saurait faire une offre à qui n'existe pas, au néant, que l'offre ne saurait être efficace qu'autant qu'elle s'adresse à un être existant, que c'est donc au moment de l'offre que l'enfant doit être conçu. Sans doute, la déclaration de donner constitue une offre; mais, il n'en résulte pas qu'elle doive être annulée, par cela seul qu'elle est faite à un enfant qui n'existe pas, et dont on espère l'existence. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'elle reste en suspens, subordonnée qu'elle est à la réalisation de l'événement attendu. Mais, elle subsiste à l'état d'offre, tant qu'elle n'a pas été révoquée, en sorte que si l'événement se réalise, elle pourra utilement intervenir [2].

II. *Pour recevoir par testament, il suffit d'être conçu au décès du testateur.* — C'est là une condition indispensable. En aucun cas, et sous aucun prétexte, on ne pourrait valablement disposer par acte de dernière volonté au profit d'un enfant, qui ne serait ni né, ni conçu au décès du disposant. Nous avons donné une solution analogue, relativement à la capacité de recevoir par acte entre vifs, et nous l'avons motivée en

1. Troplong, *Donat.*, *ubi supr.*

disant que le fondement de la capacité du droit est l'existence. Cette raison est générale et s'applique ici ; il est aussi impossible de concevoir une libéralité, s'adressant à un enfant qui n'est pas, que de regarder cet enfant comme capable d'une succession testamentaire.

Il importe peu qu'il s'agisse d'un legs universel, à titre universel, ou à titre particulier ; la condition est la même. Il est vrai qu'il en était autrement sous l'empire de l'ordonnance de 1735. L'article 49 de cette ordonnance ne visait que l'institution d'héritier, et on admettait « qu'il fallait resserrer sa disposition dans le cas précis de l'institution par testament, sans l'étendre aux legs ou fidéicommis particuliers[1]. » Mais, il est impossible d'admettre aujourd'hui cette restriction, en présence de l'article 906, qui ne distingue pas entre les différentes sortes de legs. Les rédacteurs du Code ont généralisé la disposition de l'ordonnance, et ils ont bien fait. Comment, ainsi que nous en avons fait la remarque, regarder comme capable d'un droit l'enfant, qui n'était pas encore conçu au moment de l'ouverture de ce droit ?

Ce que nous disons là s'applique au legs pur et simple. En est-il de même relativement au legs conditionnel ? Suffit-il, en pareil cas, que le légataire soit

1. Furgole, *Tr. des donat.*, ch. VI, sect. 1, n° 6.

conçu à l'époque de l'événement de la condition, si cette condition se réalise après le décès ? Les termes de l'article 906 résistent à cette interprétation. Qu'il s'agisse du legs pur et simple ou du legs conditionnel, cet article ne distingue pas : il faut être conçu au décès du testateur. On pourrait, il est vrai, prétendre que pour recueillir un legs conditionnel il faut, et il suffit d'être capable au moment de l'événement de la condition, parce que c'est à ce moment que le droit s'ouvre. En admettant que cette prétention soit acceptable pour le cas, où il est question d'une incapacité civile, on ne saurait raisonnablement l'admettre lorsqu'il s'agit d'une incapacité naturelle. La raison en est toujours la même ; on ne peut concevoir qu'on soit légataire d'une personne, si l'on n'a commencé à exister au moins en germe de son vivant.

Observations. — 1° Ni l'article 1082, qui régit les donations faites par contrat de mariage aux époux et *aux enfants à naître* du mariage, ni les articles 1048 et suivants qui autorisent, dans certains cas et sous certaines conditions, les substitutions fidéicommissaires au profit des enfants nés et *à naître*, ne constituent une dérogation au principe de l'article 906. Ces articles ne permettent pas, en effet, de gratifier un enfant, qui n'est pas encore conçu. Les dispositions, dont il s'agit, sont faites en première ligne au profit des époux dans un cas, et dans l'autre au profit des grevés de substitution,

donc au profit de personnes existantes ; — 2° Il ne résulte pas davantage de l'article 906 qu'on ne puisse, comme condition d'une donation ou d'un legs, imposer au donataire ou au légataire une charge qui doit profiter à un enfant, qui n'est pas encore conçu au moment où la libéralité intervient. Le bénéficiaire de la charge n'acquiert pas un droit ; il n'a donc pas besoin de remplir les conditions exigées d'un donataire ou d'un légataire[1]. Ainsi, suivant la remarque d'un auteur personne ne s'aviserait de contester la validité du legs, fait par Mme de Beaumont à la Faculté de droit de Paris, à la charge de décerner tous les ans un prix à celui des aspirants au doctorat, qui fournira le meilleur mémoire, bien que ce legs doive profiter dans l'avenir à des personnes non conçues au décès de la testatrice[2].

1. La Cour de Caen a implicitement consacré cette manière de voir 12 nov. 1869, Sir., 70, 2, 145 ; V. sous cet arrêt une note remarquable de notre savant maître, M. Labbé.

2. Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 367.

POSITIONS

I. POSITIONS PRISES DANS LA THESE

DROIT ROMAIN

1. La *missio in possessionem ventris nomine* ne conférait pas une véritable possession, mais seulement un droit de détention, V. p. 9 à 22, et p. 43.

2. La *missio in possessionem ventris nomine* n'avait pas lieu au profit du posthume exhérédé vis-à-vis des institués, prétérit vis-à-vis des substitués, V. p. 34.

3. La *missio in possessionem ventris nomine* pouvait être donnée au profit du posthume externe institué, V. p. 41.

4. Le § 9 de la loi 1, au titre *De ventre in possessionem mittendo*, ne doit pas être entendu en ce sens que l'exhérédation conditionnelle du posthume était valable, V. p. 36.

DROIT CIVIL

1. L'enfant issu de parents, étrangers au moment de

la conception, mais devenus Français avant l'accouchement de la mère, a la qualité de Français, V. p. 70.

2. Les enfants conçus avant, mais nés pendant le mariage, sont légitimes et non légitimés, V. p. 83.

3. Les présomptions des articles 312 et suivants, sur la durée légale des grossesses, ne peuvent pas servir à déterminer la nationalité ou la filiation naturelle d'un enfant ; elles ne sont pas applicables, en thèse générale, lorsqu'il s'agit de savoir si sa conception remonte à l'époque où un droit s'est ouvert à son profit, antérieurement à sa naissance, V. p. 70, p. 94, p. 100.

4. La doctrine de la viabilité, comme condition de la capacité du droit, n'est pas fondée, V. p. 117.

II. POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

1. La distinction des meubles et des immeubles ne s'appliquait pas aux *res incorporales*.

2. Le mariage ne se formait pas à Rome *solo consensu*.

3. A l'époque classique, le curateur du prodigue n'avait pas de *consensus* à donner.

4. L'institution du posthume externe était reconnue par le Préteur, qui accordait à ce posthume une *bonorum possessio cum re*.

DROIT CIVIL

1. Le principe de l'inaliénabilité dotale ne peut pas être étendu aux biens paraphernaux.

2. Lorsque dans un contrat de mariage, où le régime adopté est celui de communauté, et non le régime dotal, il y a une clause de remploi expressément opposable aux tiers, cette clause ne doit pas être entendue dans le sens de l'inaliénabilité dotale.

3. Les héritiers du donateur ne peuvent pas opposer le défaut de transcription.

4. Le délaissement par hypothèque s'analyse en un simple abandon de la possession.

DROIT COMMERCIAL

Le mari seul peut donner à sa femme le droit de faire le commerce ; l'autorisation de justice ne saurait y suppléer.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le Sénat ne peut rétablir au budget les crédits rejetés par la Chambre des Députés, à moins que la suppression de ces crédits ne doive entraîner indirectement l'abrogation d'une loi.

DROIT DES GENS

1. Les faits délictueux, commis à bord d'un navire de commerce dans la mer territoriale d'un État étranger, ne sont pas de la compétence des juridictions de cet État, s'ils n'ont pas eu de conséquence extérieure.

2. L'armement d'un navire de guerre, dans un port neutre, constitue une violation de la neutralité.

Vu par le Doyen, COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Président de la Thèse, J.-E. LABBÉ.

VU
et permis d'imprimer :
le vice-recteur
de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS NOMINE

Pages

AVANT-PROPOS 1

CHAPITRE PREMIER. — **Caractères généraux de l'envoi en possession ventris nomine** 7

I. De l'envoi *ex edicto de ventre in possessionem mittendo* 9

II. De l'envoi *ad exemplum edicti Carboniani* 13

HAPITRE DEUXIÈME. — **Sous quelles conditions le préteur accorde l'envoi** 2

I. Grossesse (preuve de la) 23

II Posthume non exhérédé 28

III. Posthume héritier sien 37

HAPITRE TROISIÈME. — **Des effets de l'envoi** 43

I. Droit de détention; de l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* 43

II. Droit d'administration; du curateur aux biens 46

III. Droit de prélèvement; du curateur au ventre 48

IV. Des mesures de répression prises contre la femme coupable de dol 50

HAPITRE QUATRIÈME. — **De la durée de l'envoi** 54

DROIT FRANÇAIS

DE L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION SUR L'ÉTAT ET SUR LA CAPACITÉ DU DROIT

NTRODUCTION..... 57

PREMIÈRE PARTIE

L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION, RELATIVEMENT A LA DÉTERMINATION DE L'ÉTAT..... 59

CHAPITRE PREMIER. — **De l'influence de la conception, relativement à la détermination de la nationalité**..... 60

I. Doit-on, pour déterminer la nationalité, se placer au moment de la naissance ou à celui de la conception. 60

II. Détermination de l'époque de la conception..... 70

HAPITRE DEUXIÈME. — **De l'influence de la conception, relativement à la détermination de la filiation**..... 72

§ 1er. — Filiation légitime..... 72

I. Principe.....

II. Détermination de l'époque de la conception..... 74

III. Étendue d'application de la présomption, qui attribue la paternité du mari à l'enfant conçu dans le mariage..... 80

§ 2. — Filiation naturelle..... 92

I. Principe..... 92

II. Détermination de l'époque de la conception 94

DEUXIÈME PARTIE

DE L'INFLUENCE DE LA CONCEPTION SUR LA CAPACITÉ DU DROIT 97

CHAPITRE PREMIER. — **De l'influence de la conception sur la capacité de succéder ab intestat**.... 97

§ 1er. — De l'enfant non conçu, et de la preuve de la conception..... 99

§ 2. — De l'enfant mort né, et de la preuve de la naissance en vie 106
§ 3. — De l'enfant non viable, et de la preuve de la viabilité..... 110
Appendice. — De la viabilité, envisagée comme condition de la capacité du droit..... 117
Chapitre Deuxième. — **De l'influence de la conception sur la capacité de recevoir entre vifs ou par testament**..... 120
I. Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation..... 121
II. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu au décès du testateur..... 125
Positions..... 129

Paris. — Imprimerie Henri JOUVE, 23, rue Racine.

IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE, 23, Rue Racine, PARIS